This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

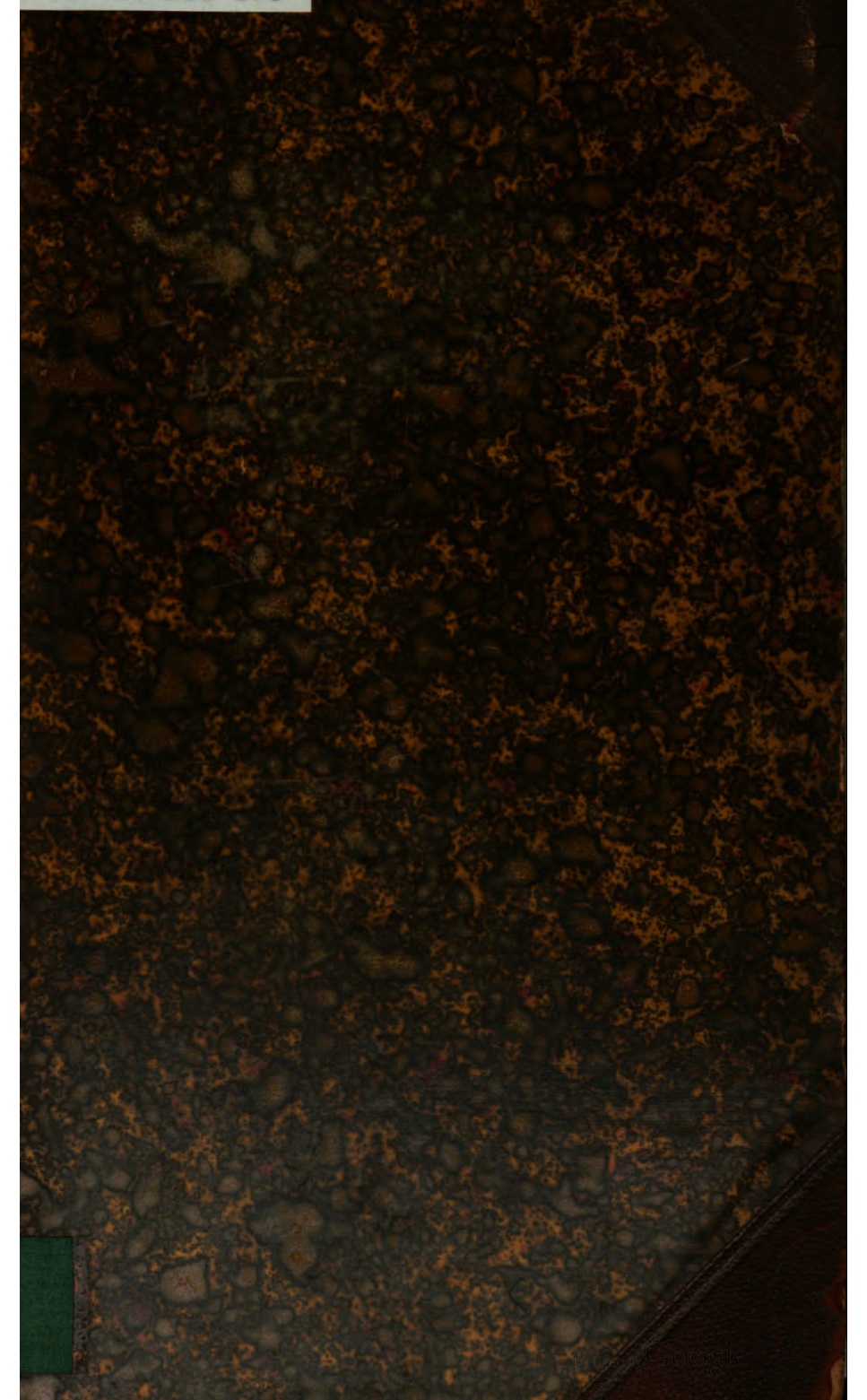
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`



HARVARD LAW LIBRARY.

Received Nov. 22, 1901.

Digitized by Google

GERMAN

Lehrbuch

des

Preußischen Privatrechts

und

der Privatrechtsnormen des Reichs.

Erster Band.

Digitized by Google

Digitized by Google

Lehrbuch

des

Preußischen Privatrechts

und der

Privatrechtsnormen des Reichs

von

Dr. Heinrich Dernburg,

Geheimem Justizrath, Professor an der Universität Berlin,
Mitglied des Herrenhauses.

Erster Band.

Zweite, neu bearbeitete Auflage.

Halle a. S.,

Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses.

1879.

Digitized by Google

Rec. Nov. 22, 1901.

Digitized by Google

Vorwort

zur zweiten Auflage.

Ehe es gelungen ist, in Verwirklichung des stetig von mir festgehaltenen Ziels dieses umfassende Werk zum Abschluß zu bringen, trat das Bedürfniß einer zweiten Auflage seines ersten Bandes hervor. So erfreulich mir dies sein mußte, so durfte doch hierdurch ein erheblicher Aufschub der Fortsetzung und Vollendung der Arbeit nicht entstehen. Daher schien es gestattet, die früheren Ausführungen, soweit sie die gemeinrechtlichen Grundlagen des preußischen Rechts betrafen, im Wesentlichen unverändert zu erhalten.

Weitergehende Aufgaben stellte aber unabweislich das preußische Recht selbst und das mit ihm verbundene Reichsrecht. Die unausgesetzt thätige, rastlose Gesetzgebung des Landes und des Reichs hat den Zustand wie er vor wenigen Jahren in der ersten Auflage dargestellt wurde, zu einem erheblichen Theil veraltet; es wird das heute noch geltende Civilrecht durch die publicirten, wenn auch noch nicht in Kraft gesetzten Reichsjustizgesetze in kurzer Frist weitere Veränderungen erleiden. Indem so Praxis und Wissenschaft durch die Gesetzgebung unaufhörlich neue Probleme erhielten, sind auch sie in eine lebhafte Bewegung hineingezogen worden. Diesen Anregungen habe ich mich nicht verschlossen, wie nicht wenige Abweichungen von den Auffassungen der ersten Auflage bezeugen. Bei der Neubearbeitung, welche das Werk hiernach erfahren mußte, wurde das jetzige Recht als Mittelpunkt bewahrt, aber das Verhältniß zu den Normen der Reichsjustizgesetze durchweg markirt.

Mit den gewaltigen Umgestaltungen, welche diese Gesetze herbeiführen werden, tritt das Recht Preußens in eine neue Epoche. Die Beseitigung des erprobten preußischen Proceßverfahrens, die Aufhebung

*

Digitized by Google

der Gerichtsverfassung, die Wegräumung der Grundlagen, auf welchen der preußische Anwaltsstand eine hervorragende und ruhmvolle Stellung erworben hatte, machen an die juristische Praxis die höchsten Anforderungen, um der Vergangenheit ebenbürtige, womöglich sie übertreffende Rechtszustände herzustellen. Da ist es wohl ein günstiges Geschick, daß uns der Grundstock des Civilrechts voraussichtlich noch so lange erhalten bleibt, als die neuen processualischen Institutionen ihre Bewährung und Ausbildung im Leben erhalten haben. Indirekt wird indessen auch das preußische Civilrecht, welches in so hohem Maße auf der Praxis beruht, durch die Aufhebung der Gerichtshöfe, welche deren Träger waren, sofort betroffen; denn deren Präjudicien und Plenarbeschlüsse mögen auch in Zukunft Beachtung finden, die äußere Autorität derselben wird wesentlich geschmälert sein.

Um so höher wird die Verantwortlichkeit einer wissenschaftlichen Behandlung. Möchte auch diese Auflage einen Fortschritt bezeichnen! Dankend hat der Verfasser den Antheil anzuerkennen, welcher ihm von verschiedenen Seiten durch größere oder kleinere Berichtigungen entgegengebracht wurden, die der Revision des Buchs zu Gute gekommen sind. Außerdem hat eine Vergleichung des größern Theils der Citate mit der Quelle die Korrektheit der neuen Auflage erhöht. Demungeachtet wird es an Irrungen nicht fehlen, welche freundlichen Mittheilungen Raum geben können, wie ich sie auch in Zukunft erhoffe. Ich erachte es als einen besondern Vorzug meiner Aufgabe, daß sie mir vergönnt mit den tüchtigsten Kräften des preußischen Juristenstandes und vor Allem mit seiner strebsamen Jugend fortgesetzt geistig zusammen zu arbeiten!

Berlin, im September 1878.

Der Verfasser.

Digitized by Google

Vorwort

zur ersten Abtheilung der ersten Auflage.

Wer den Beruf hat, auf einer preußischen Landesuniversität die Pandekten zu lehren, kann sich einer eingehenden Beschäftigung mit dem preußischen Rechte und mit dessen fortschreitender Entwicklung kaum entschlagen. Denn wie sehr auch das römische Recht mit Fug um seiner selbst willen das wissenschaftliche Interesse in Anspruch nimmt, so darf doch der Vortrag der Pandekten auch die Rücksicht auf die künftige praktische Thätigkeit der Zuhörer nicht aus den Augen verlieren. Der Zweck einer Vorbereitung auf das Landesrecht wird vielmehr, ohne sich in die erste Linie zu drängen oder hervorzutreten, gleichwohl bereits die Auswahl und die Gruppirung des gemeinrechtlichen Stoffs mitzubestimmen haben. Um aber das also Angebahnte weiter fortzuführen, ist mir seit längerer Zeit eine besondere Vorlesung über das preußische Recht zweckmäßig erschienen, welche, indem sie die Eigenthümlichkeiten beider Rechte hervorhebt und gegenüberstellt, gereifteren Studirenden die Brücke schlagen sollte von dem gemeinen zu dem inländischen Rechte. Eine solche Gegenüberstellung zweier verwandter und doch wesentlich verschiedener Rechte stärkt die juristische Auffassungskraft des Studirenden, welcher bereits eine elementare Kenntniß des gemeinen Rechts gewonnen hat. Weit entfernt, ihn zu verwirren, verleiht sie seiner Kenntniß des gemeinen Rechts eine größere Bestimmtheit, Klarheit, und damit höhere

Digitized by Google

Sicherheit. Das preußische Recht selbst aber erscheint von diesem Standpunkte aus nicht mehr, wie dies so oft der Fall ist, vorzugsweise als ein Konglomerat von Gesetzesparagraphen und Präjudicien, deren Aneignung man der Empirie oder der Beihülfe von routinirten, die Gedächtnißkraft anspornenden Repetenten überläßt, sondern als würdiger und wichtiger Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntniß.

Was sich mir so in einem engeren Kreise von Zuhörern zu erproben schien, soll dieses Lehrbuch in ausgeführter Gestalt der studirenden Jugend unsres Vaterlandes insgesammt zugänglich machen. Der Zweck des Buchs ist aber keineswegs, den akademischen Vortrag über das Landesrecht da zu ersetzen, wo derselbe der studirenden Jugend in nützlicher Weise offen steht, auch nicht einen Leitfaden zu bilden, welcher in ausführenden Vorlesungen kommentirt und erläutert wird. Das Werk soll vielmehr dem Studirenden zur Vorbereitung, zur Rekapitulirung und Ergänzung eines daneben laufenden, selbständigen, aber kürzeren Vortrags dienen, etwa in der Weise, wie dies die Bestimmung der Pandektenlehrbücher von Vangerow's und Windscheid's ist. Nach diesem Plane wird dies Buch auch den in die Praxis übergetretenen jüngeren preußischen Juristen, wie den außer dem Gebiete des Landrechts wirkenden deutschen Juristen eine zweckmäßige Anleitung zum Studium unseres Landesrechts geben. Der gereifte preußische Praktiker wird vielleicht finden, daß die besondere Anlage dieses Buches zur Behandlung nicht weniger Materien führte, die in der bisherigen privatrechtlichen Literatur Preußens übergangen oder doch nur lückenhaft besprochen sind, und es mag ihm auch die Erörterung der einzelnen Streitfragen, denen vorzugsweise die Anmerkungen gewidmet sind, hie und da einen Wink geben, der ihm von Nutzen ist.

Es ist mir eine liebe Pflicht, an diesem Orte den Dank für die treue Sorgfalt meines Freundes, des Kreisgerichtsraths Hinrichs, auszusprechen, welcher mir bei Durchsicht der Korrekturbogen zahlreiche Bemerkungen zu Theil werden ließ, die dem Werke nach Inhalt und Form zu Gute gekommen sind.

Digitized by Google

Für die besondere Anstrengung einer Arbeit, welche sich Aufgaben stellte, die in dieser Art von der Wissenschaft noch nicht in Angriff genommen sind, erhoffe ich als Lohn, daß dieselbe bei unseren jüngeren preußischen Juristen die Liebe zu unserm vaterländischen Recht und den Eifer für dessen Studium erhöht. Das Schicksal, daß Fremdes bei uns übermäßig geschätzt, das tüchtige Eigene gering geachtet wird, hat das preußische Landesrecht lange genug zur Ungebühr getheilt. Es ist Zeit, daß wir uns den Werth des Unsern zum Bewußtsein bringen. Das preußische Recht ist in Folge einer nunmehr fast hundertjährigen angestrengten Thätigkeit auf der Basis des größten Territorialstaates Deutschlands zu der bedeutendsten civilistischen Schöpfung des deutschen Volksgeistes herangewachsen und, wie es für die Gegenwart von Wichtigkeit ist, so liegen auch in ihm die nothwendigen Ausgangspunkte der künftigen Entwicklung des deutschen Rechts.

Halle a/S., im November 1870.

Dem Vorwort zur ersten Abtheilung füge ich nach dem Abschluß des ersten Bandes Weniges hinzu.

Vor Allem ein Wort der Entschuldigung. Länger als billig hat sich die Vollendung des vorliegenden Bandes hingezogen. Die Berufung in eine neue Lebensstellung hat mich genöthigt, andere Aufgaben zunächst in Angriff zu nehmen. Nachdem gleichwohl der Druck abgeschlossen war, verursachte das Register unverschuldeten Aufenthalt. Dies Register ist von dem Referendar Körte in Berlin fleißig und korrekt gearbeitet und erhöht ohne Zweifel die Brauchbarkeit des Werks um Vieles. Die Verzögerung der Herausgabe erklärt, daß die neuesten Erscheinungen der Literatur nicht berücksichtigt sind. Zu Nachträgen bezüglich ihrer mochte ich mich nicht entschließen. Ich beschränkte mich auf das Nothwendige, die Anführung der seit Beginn des Drucks erschienenen abändernden und ergänzenden Gesetze.

Digitized by Google

Die Frage liegt nahe, ob gegenüber dem Projekt eines deutschen Civilgesetzes die Fortsetzung dieses Werks beabsichtigt wird. Ich stehe nicht an, bejahend zu antworten. Die Verfertigung eines bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland ist ein großer, jeder Anstrengung würdiger Gedanke. Aber zweifelhaft ist, ob seine Verwirklichung auf den ersten Wurf, wie er nunmehr gewagt ist, gelingen wird. Denn bei einem Gegenstande, welcher den socialen Zustand der Nation auf das Tiefste berührt, kann es sich nicht um eine bloß formelle Erledigung handeln. Inzwischen mag es uns vergönnt sein, an der Darstellung des derzeitigen preußischen Rechts fortzuarbeiten. Gelingt uns hier ein Fortschritt, so ist er auch für die Entwicklung des Gesammtrechts Deutschlands nicht ohne Nutzen.

Berlin, im Juli 1874.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

Einleitung.

§. 1. Verhältniß des preußischen Rechts zur deutschen Rechtsentwicklung S. 1. — §. 2. Bestimmung der Aufgabe S. 2.

I. Vorgeschichte des Landrechts.

§. 3. Zeit bis zum achtzehnten Jahrhundert S. 3. — §. 4. Naturrechtliche Schule. Friedrich Wilhelm I. S. 5. — §. 5. Thronbesteigung Friedrich II. Projekt des corpus juris Friedericiani S. 7.

II. Das allgemeine Landrecht und die Gerichtsordnung.

§. 6. Redaktion des Landrechts S. 9. — §. 7. Würdigung des Landrechts S. 11. — §. 8. System des Landrechts S. 13. — §. 9. Interpretation des Landrechts S. 15. — §. 10. Fortsetzung. Grundsätze der Interpretation S. 16. — §. 11. Umfang der Geltung des allgemeinen Landrechts S. 19.

III. Entwicklung des preußischen Rechts nach Publikation des Landrechts.

§. 12. Allgemeines S. 21. — §. 13. Fortsetzung S. 22. — §. 14. Litteratur des preußischen Rechts S. 25.

Erstes Buch. Allgemeine Lehren.

Erster Abschnitt. Die Lehre von den Rechtsquellen.

§. 15. Allgemeines S. 27. — §. 16. Gesetz S. 29. — §. 17. Authentische Interpretation. Erklärende Justizministerialreskripte S. 32. — §. 18. Form, Publikation der Gesetze S. 34. — §. 19. Prüfung der Gültigkeit der Gesetze S. 36. — §. 20. Kenntniß des publicirten Gesetzes. Rechtsirrthum S. 37. — §. 21. Gewohnheitsrecht S. 38. — §. 22. Gerichtsgebrauch und Juristenrecht S. 40. — §. 23. Privilegien S. 43. — §. 24. Auslegung. Kollision der Privilegien S. 45. — §. 25. Aufhebung des durch Privilegien geschaffenen Rechts S. 46. — §. 26. Anwendungssphäre der einheimischen Gesetze. Geltung fremder Rechte S. 47. — §. 27. Klassifikation der Gesetze S. 49. — §. 28 Andere Regeln S. 52 — §. 29. Persönliche Befreiungen von der Anwendbarkeit der Gesetze S. 54. — §. 30. Zeitliche Wirksamkeit der Gesetze S. 56. — §. 31. Fortsetzung S. 58.

Zweiter Abschnitt. Die Privatrechte nach ihren Arten und Voraussetzungen.

Erstes Kapitel. Umfang, Klassifikation der Rechte.

§. 32. Privatrechte und öffentliches Recht S. 61. — §. 33 Konflikt des öffentlichen und des Privatrechts S. 62. — §. 34. Fortsetzung. Expropriations-

Digitized by Google

recht S. 62. — §. 35. Ausübung der Privatrechte S. 69. — §. 36. Kollision der Privatrechte S. 70. — §. 37. Vermögensrechte. Persönliche und dingliche Rechte S. 71. — §. 38. Subjektiv und objektiv dingliche Rechte S. 72. — §. 39. Affirmative, negative, Untersagungsrechte S. 74.

Zweites Kapitel. Die Rechtssubjekte.

I. Natürliche Personen.

§. 40. Einleitung S. 76.

A. Beginn und Ende der Persönlichkeit.

§. 41. Geburt und Tod S. 78. — §. 42. Lebenspräsumtion S. 81. — §. 43. Richterliche Todeserklärung. Einleitung S. 82. — §. 44. Die Verschollenheit nach jetzigem preußischem Rechte S. 83.

B. Verschiedenheit der Rechtsfähigkeit natürlicher Personen.

§. 45. Inländer und Ausländer S. 86. — §. 46. Stand. Religion S. 87. — §. 47. Minderung der bürgerlichen Ehre S. 89. — §. 48. Geschlecht S. 92.

II. Juristische Personen.

§. 49. Einleitung S. 94.

A. Die allgemeine Theorie der juristischen Personen.

§. 50. Entstehung der juristischen Personen S. 95. — §. 51. Die einzelnen juristischen Personen S. 97. — §. 52. Innere Verfassung der Korporation S. 100. — §. 53. Vertretung der juristischen Person nach Außen S. 103. — §. 54. Vermögensrechte der juristischen Personen S. 105. — §. 55. Die Staatskontrole S. 108. — §. 56. Endigung der juristischen Person S. 110.

B. Besondere Arten von juristischen Personen. Zwischenbildungen.

§. 57. Der Staat als juristische Person S. 113. — §. 58. Juristische Personen zum Zwecke des Geschäftsbetriebes S. 116. — §. 59. Korporative Gesellschaften S. 118.

Drittes Kapitel. Von den Rechtsobjekten.

§. 60. Von den Sachen. Der Inbegriff S. 119. — §. 61. Substanz S. 121. — §. 62. Pertinenzen S. 122. — §. 63. Immobilien S. 124. — §. 64. Schätzbare, unschätzbare Sachen S. 126. — §. 65. Vertretbare, verbrauchbare Sachen S. 128. — §. 66. Theilbarkeit und Untheilbarkeit S. 129. — §. 67. Dem Privateigenthum entzogene, öffentliche Sachen S. 129.

Dritter Abschnitt. Die Privatrechte in ihrer Entstehung und Endigung.

§. 68. Allgemeines S. 133. — §. 69. Berechnung der Zeit S. 134. — §. 70. Fortsetzung. Die civile Rechnung des Landrechts S. 135.

Erstes Kapitel. Die Rechtsgeschäfte.

§. 71. Begriff. Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäftes S. 138.

I. Die Handlungsfähigkeit als Voraussetzung des Rechtsgeschäfts.

§. 72. Allgemeines S. 140. — §. 73. Besonderes. Alter S. 142. — §. 74. Fortsetzung. Abstufungen der Handlungsfähigkeit S. 144. — §. 75. Wahnsinn und Blödsinn S. 147. — §. 76. Verschwendung S. 150.

Digitized by Google

II. Inhalt des Geschäfts.

A. Unzulässige Geschäfte.

§. 77. Allgemeines S. 152. — §. 78. Einzelne Arten unzulässiger Geschäfte S. 154. — §. 79. Behandlung unzulässiger Geschäfte S. 156.

B. Einzelne Arten von Rechtsgeschäften.

§. 80. Veräußerung S. 157. — §. 81. Das Anerkenntniß S. 159. — §. 82. Vergleich S. 161. — §. 83. Fortsetzung. Erschwerungen und Beschränkungen der Vergleiche S. 165. — §. 84. Protestationen S. 167. — §. 85. Entsagung S. 169.

C. Bedingungen und Endzweck.

§. 86. Wesen der Bedingungen S. 172. — §. 87. Aufschiebende und auflösende Bedingungen S. 175. — §. 88. Die aufschiebende Bedingung. Schwebezeit S. 176. — §. 89. Entscheidung der aufschiebenden Bedingung S. 178. — §. 90. Auflösende Bedingung 181. — §. 91. Uneigentliche Bedingung S. 182. — §. 92. Bedingung künftigen Wollens des Schuldners S. 183. — §. 93. Der Endzweck S. 185.

III. Die Begründung des Geschäfts.

A. Die Mittel der Erklärung.

§. 94. Allgemeines S. 188. — §. 95. Schriftlichkeit. Einleitung S. 191. — §. 96. Fälle der Nothwendigkeit der Schrift S. 194. — §. 97. Form der Urkunde S. 198. — §. 98. Verabsäumung der schriftlichen Form. Anerkennung. Erfüllung S. 200. — §. 99. Fortsetzung. Nebenabreden S. 203. — §. 100. Beweis des schriftlichen Geschäfts S. 205, — §. 101. Aufhebung schriftlicher Verträge S. 206. — §. 102. Gerichtliche, notarielle, öffentliche Urkunden S. 207. — §. 103. Nothwendigkeit gerichtlicher oder notarieller Abfassung S. 211.

B. Der Wille.

§. 104. Ernstlichkeit des Willens S. 213. — §. 105. Bewegungsgrund S. 216.

C. Der Geschäftsschluß.

§. 106. Vorverhandlungen S. 217. — §. 107. Antrag und Acceptation S. 218.

D. Willensfehler.

§. 108. Irrthum S. 223. — §. 109. Entschuldbarkeit des Irrthums S. 227. — §. 110. Betrug S. 228. — §. 111. Trunkenheit. Fieberdelirium S. 230. — §. 112. Zwang S. 231.

E. Handlung durch Bevollmächtigte.

§. 113. Mittelbare und unmittelbare Stellvertretung S. 233. — §. 114. Die Bevollmächtigung und deren Erlöschen S. 237. — §. 115. Bevollmächtigung nach Handelsrecht S. 241. — §. 116. Surrogate der Vollmacht S. 243.

F. Auslegung der Rechtsgeschäfte.

§. 117. Grundsätze S. 245. — §. 118. Besondere Regeln S. 247.

Digitized by Google

Zweites Kapitel. Die allgemeinen Grundsätze über Verschuldung.

§. 119. Unfälle. Die Verschuldung S. 248. — §. 120. Grenze und Gründe der Verschuldung S. 250. — §. 121. Umfang der Haftbarkeit S. 253.

Vierter Abschnitt. Der Rechtsschutz.

I. Außergerichtliche Mittel.

§. 122. Selbsthülfe. Polizeiliche Intervention S. 256. — §. 123. Pfändungsrecht S. 258.

II. Gerichtliche Verfolgung des Rechts.

§. 124. Die Klagrechte S. 260. — §. 125. Eintheilungen der Klagrechte S. 262. — §. 126. Anführungspflicht und Beweispflicht des Klägers S. 264. — §. 127. Einreden S. 269. — §. 128. Vermuthungen S. 272.

III. Einfluß des Processes auf das eingeklagte Recht.

§. 129. Einleitung S. 274.

1. Der Proceßbeginn.

§. 130. Novation in Folge der Litiskontestation S. 275. — §. 131. Die Folgen des Proceßbeginns im Einzelnen S. 279. — §. 132. Fortsetzung. Litigiosität S. 280.

2. Das Urtheil.

§. 133. Die Grundlagen des Erkenntnisses S. 282. — §. 134. Die Rechtskraft des Urtheils. Datum der Rechtskraft S. 284. — §. 135. Die Judikatsobligation S. 287. — §. 136. Die exceptio rei judicatae des römischen Rechts S. 289. — §. 137. Die Rechtskraft im modernen Recht S. 291. — §. 138. Wirkung des Urtheils für und gegen Dritte S. 296.

IV. Besondere Rechtsmittel.

§. 139. Mandatsproceß. Urkundenproceß S. 300. — §. 140. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 302. — §. 141. Einzelne Restitutionsgründe S. 303.

V. Das Schiedsgericht.

§. 142. Einleitung S. 306. — §. 143. Bestellung, Aufhebung des Schiedsgerichts S. 308. — §. 144. Die Verhandlung. Der Schiedsspruch S. 312.

VI. Sicherung gefährdeter Ansprüche durch den Richter.

§. 145. Einleitung S. 315. — §. 146. Der Realarrest S. 316. — §. 147. Gerichtliche Sequestration S. 319.

Fünfter Abschnitt. Besitz und Verjährung.

Erstes Kapitel. Die Lehre vom Besitz.

I. Allgemeines.

§. 148. Gewahrsam und Besitz S. 321. — §. 149. Eintheilungen des Besitzes S. 323.

Digitized by Google

II. Erwerb und Verlust des Besitzes.

§. 150. Subjekt und Objekt des Besitzes S. 326. — §. 151. Der Erwerbsakt S. 328. — §. 152. Fortsetzung. Uneigentliche Tradition S. 329. — §. 153. Fortsetzung S. 332. — §. 154. Besitzerwerb durch Stellvertreter S. 334. — §. 155. Verlust des Besitzes S. 338.

III. Die Wirkungen des Besitzes.

§. 156. Allgemeines S. 342. — §. 157. Die Besitzesklagen. Geschichtliches S. 344. — §. 158. Das Possessorium summariissimum. Detail S. 346. — §. 159. Klage auf Schadensersatz wegen Verletzung des Besitzstandes S. 351.

IV. Besitz der Rechte.

§. 160. Umfang des Rechtsbesitzes S. 352. — §. 161. Erwerb des Rechtsbesitzes S. 354. — §. 162. Verlust des Rechtsbesitzes S. 356.

Zweites Kapitel. Die Verjährung.

I. Allgemeine Grundsätze.

§. 163. Geschichtliche Einleitung S. 158. — §. 164. Gegenstand und Umfang der Verjährung S. 360. — §. 165. Verjährung und Befristung S. 363. — §. 166. Hinderung der Verjährung S. 364.

II. Die erlöschende Verjährung.

§. 167. Beginn S. 369. — §. 168. Zeitraum. Unterbrechung der erlöschenden Verjährung S. 372. — §. 169. Wirkung der erlöschenden Verjährung S. 377. — §. 170. Kürzere Verjährungsfristen des Gesetzes vom 31. März 1838 S. 380. — §. 171. Verjährung der Schadensansprüche S. 384. — §. 172. Verjährung der Einreden S. 385.

III. Erwerbende Verjährung.

§. 173. Gegenstand der erwerbenden Verjährung S. 387. — §. 174. Beginn der erwerbenden Verjährung S. 389. — §. 175. Vollendung der Verjährung S. 392. — §. 176. Unterbrechung der erwerbenden Verjährung S. 394. — §. 177. Die dreißigjährige erwerbende Verjährung S. 396.

IV. Die ungewöhnliche Verjährung. Das Normaljahr.

§. 178. Fälle der ungewöhnlichen Verjährung S. 398. — §. 179. Ersatz der Immemorialpräskription S. 400. — §. 180. Das Normaljahr S. 402.

Zweites Buch. Die dinglichen Rechte.

Erster Abschnitt. Die allgemeinen Lehren.

I. Uebersicht der einzelnen dinglichen Rechte.

§. 181. Das Eigenthumsrecht S. 404. — §. 182. Ober- und Untereigenthum S. 407. — §. 183. Die dinglichen Rechte an fremder Sache S. 408. — §. 184. Das Recht zur Sache S. 410. — §. 185. Das Recht zur Sache nach dem Eigenthumsgesetz vom 5. Mai 1872 S. 413.

II. Gemeinsames, bezüglich der Entstehung und Endigung der Sachenrechte.

§. 186. Titel und Modus des Erwerbs S. 415. — §. 187. Translation der dinglichen Rechte S. 417. — §. 188. Untergang dinglicher Rechte an Mobilien

Digitized by Google

durch deren Veräußerung Seitens eines Nichtberechtigten S. 418. — §. 189. Aufgebot und Ausschluß der Realberechtigten S. 424.

III. Die Grundbuchverfassung.

§. 190. Widerstreit des deutschen und römischen Rechts S. 426. — §. 191. Preußische Gesetzgebung über das Grundbuchwesen bis 1872 S. 428. — §. 192. Die Gesetze über das Grundbuchwesen vom 5. Mai 1872 S. 431. — §. 193. Die Grundbuchverfassung im Allgemeinen S. 433. — §. 194. Die Individualisirung des Objekts. Der Titel des Blatts S. 436. — §. 195. Wandeläcker. Artikel S. 439. — §. 196. Eintragungen in die einzelnen Abtheilungen S. 441. — §. 197. Die Anträge. Konsensprincip. Die Einschreibung S. 443. — §. 198. Mittel der Nöthigung zum Antrag auf Eintragung S. 447. — §. 199. Zwangstitelberichtigung. Das Institut der Auflassung S. 448. — §. 200. Die Rangordnung der Eintragungen S. 451. — §. 201. Anfechtbare Einschreibungen S. 454. — §. 202. Der öffentliche Glaube. Die Oeffentlichkeit des Buchs S. 455. — §. 203. Aktive und passive Klaglegitimation des Eingetragenen S. 459. — §. 204. Von den Vormerkungen S. 461. — §. 205. Aufgabe des Grundbuchrichters. Legalitätsprinzip S. 464. — §. 206. Die Schadensklage gegen die Buchbeamten und den Staat S. 466.

IV. Die Agrargesetzgebung.

§. 207. Uebersicht S. 468. — §. 208. Der lassitische Besitz. Früherer Zustand S. 469. — §. 209. Die Regulirung des lassitischen Besitzes S. 470. — §. 210. Aufhebung und Ablösung der Reallasten S. 473. — §. 211. Die Gemeinheitstheilungen und Verkoppelungen S. 476. — §. 212. Zusammenlegung von Grundstücken, welche einer gemeinsamen Benutzung nicht unterliegen S. 479. — §. 213. Auseinandersetzungsbehörden. Verfahren S. 481. — §. 214. Der Receß und seine Ausführung S. 482.

Zweiter Abschnitt. Das Eigenthumsrecht.

I. Das Objekt.

§. 215. Begrenzung und Umfang des Objekts S. 486. — §. 216. Die Grenzklagen S. 489.

II. Gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums.

§. 217. Beschränkungen im allgemeinen Interesse S. 491. — §. 218. Fortsetzung. Oeffentliche Beschränkungen des Baurechts S. 495. — §. 219. Pflicht zur Erhaltung und Wiederherstellung von Gebäuden S. 497. — §. 220. Nachbarrecht. Allgemeine Grundsätze S. 499. — §. 221. Nachbarrecht. Positive Beschränkungen S. 504.

III. Miteigenthum.

§. 222. Einleitung S. 509. — §. 223. Die Rechtsstellung der Miteigenthümer S. 511. — §. 224. Die Theilung S. 514.

IV. Erwerb des Eigenthums.

§. 225. Fähigkeit zum Erwerb S. 517. — §. 226. Die Erwerbsarten S. 519. — §. 227. Uebertragung des Eigenthums unter Zeitbestimmungen S. 520.

A. Unmittelbarer Erwerb.

§. 228. Privilegirtes Okkupationsrecht S. 522. — §. 229. Das Jagdrecht S. 524. — §. 230. Das Fischereirecht S. 527. — §. 231. Die freie Okkupation S. 529. — §. 232. Zuschlag gefundener Sachen S. 532. — §. 233. Erwerb des Schatzes S. 534. — §. 234. Fruchterwerb S. 536. — §. 235. Erwerb

Digitized by Google

durch Verarbeitung, Verbindung, Vermengung S. 537. — §. 236. Erwerb durch Bauen S. 540. — §. 237. Eigenthumserwerb in Folge des Uferrechts S. 543.

B. Der mittelbare Eigenthumserwerb.

§. 238. Die Tradition S. 546. — §. 239. Tradition durch Uebersendung S. 550. — §. 240. Die Uebertragung der Grundstücke durch Auflassung S. 552. — §. 241. Voraussetzung und Form der Auflassung S. 555. — §. 242. Wirkungen der Auflassung S. 558. — §. 243. Rechtsfolgen der bloßen Uebergabe von Grundstücken S. 561. — §. 244. Der Erwerb von Trennstücken S. 564.

V. Die Geltendmachung des Eigenthumsrechts nach Außen.

§. 245. Das Recht des Grundeigenthümers auf Eintragung im Grundbuch S. 567. — §. 246. Die Vindikation S. 568. — §. 247. Geldklagen anstatt und neben der Vindikation S. 572. — §. 248. Gegenansprüche S. 574. — §. 249. Klage aus früherem Besitz gegen Schlechterberechtigte S. 577. — §. 250. Die negatorische Klage S. 579.

VI. Die Rechtsverhältnisse der Gewässer und öffentlichen Wege.

§. 251. Allgemeines. Die Arten der Gewässer S. 583. — §. 252. Fortsetzung. Die öffentlichen Gewässer S. 585. — §. 253. Die nicht öffentlichen Gewässer S. 587. — §. 254. Vorfluth. Entwässerung S. 590. — §. 255. Wassermühlen S. 592. — §. 256. Das Flußufer S. 594. — §. 257. Von den öffentlichen Wegen S. 595.

Dritter Abschnitt. Das Bergwerkseigenthum.

I. Einleitung.

§. 258. Historisches S. 599. — §. 259. Die verleihbaren Fossilien S. 602. — §. 260. Charakter des Bergwerkseigenthums S. 604.

II. Die Entstehung des Bergwerkseigenthums.

§. 261. Erwerb des Schürfrechts S. 605. — §. 262. Die Muthung. Erfordernisse S. 608. — §. 263. Priorität der Muthung S. 610. — §. 264. Die Verleihung S. 611. — §. 265. Das Bergwerksfeld S. 613. — §. 266. Erbstollen S. 615.

III. Rechtsverhältnisse.

§. 267. Rechte des Bergwerkseigenthümers S. 617. — §. 268. Die Gewerkschaft alter Verfassung S. 620. — §. 269. Die reformirte Gewerkschaft S. 624. — §. 270. Fortsetzung. Rechte und Pflichten gegenüber der Gewerkschaft S. 627. — §. 271. Rechte der Grundeigenthümer S. 628.

IV. Veränderung, Aufhebung des Bergwerkseigenthums.

§. 272. Konsolidation. Theilung der Bergwerksfelder S. 631. — §. 273. Aufhebung des Bergwerks S. 633.

Vierter Abschnitt. Die dinglichen Nutzungsrechte.

Erster Titel. Einleitung. Gemeinsames der dinglichen Rechte an Sachen.

§. 274. Charakter dieser Rechte S. 635. — §. 275. Die Eintragung der dinglichen Rechte an Grundstücken S. 637. — §. 276. Die Löschung S. 641. — §. 277. Die Konfessorienklage S. 643.

Digitized by Google

Zweiter Titel. Der Nießbrauch.

§. 278. Eigentlicher, uneigentlicher Nießbrauch S. 646. — §. 279. Entstehung des Nießbrauchs S. 648. — §. 280. Beendigung des Nießbrauchs S. 649.

A. Nießbrauch an körperlichen Sachen.

§. 281. Nutzungsrecht des Nießbrauchers S. 652. — §. 282. Andere Rechte des Nießbrauchers S. 655. — §. 283. Verpflichtungen des Nießbrauchers S. 658. — §. 284. Auseinandersetzung nach Ende des Nießbrauchs S. 662.

B. Nießbrauch an Rechten.

§. 285. Der Nießbrauch an Forderungen S. 664. — §. 286. Nießbrauch an Rechten anderer Art S. 666. — §. 287. Nießbrauch an einem Vermögen S. 669.

Dritter Titel. Andere subjektiv persönliche Nutzungsrechte. Miethe und Pacht.

§. 288. Eingeschränkte persönliche Nutzungsrechte S. 671. — §. 289. Superficiarische Rechte S. 672. — §. 290. Miethe und Pacht S. 675. — §. 291. Veräußerung der Miethsache durch den Vermiether und Verpächter S. 676.

Vierter Titel. Die Grundgerechtigkeiten.

§. 292. Grundsätze S. 681. — §. 293. Verhältniß der Servitut zum Eigenthum S. 683. — §. 294. Veränderungen S. 686. — §. 295. Inhalt. Eintheilung der Servituten S. 689. — §. 296. Entstehung der Dienstbarkeiten S. 690. — §. 297. Obrigkeitliche Verfügung S. 693. — §. 298. Erwerbende Verjährung S. 696. — §. 299. Endigung der Grundgerechtigkeiten S. 698. — §. 300. Gebäudeservituten S. 702. — §. 301. Die Weggerechtigkeit S. 704. — §. 302. Weidegerechtigkeiten. Arten S. 706. — §. 303. Weidegerechtigkeiten. Einschränkungen S. 708. — §. 304. Waldservituten S. 710.

Fünfter Titel. Die Reallasten.

§. 305. Begriff S. 714. — §. 306. Die gemeinen Lasten S. 717. — §. 307. Entstehung und Endigung der Reallasten S. 718. — §. 308. Rechtsverhältnisse S. 719. — §. 309. Einzelne Reallasten. Zehnten S. 721. — §. 310. Altentheile S. 724. — §. 311. Laudemien S. 727.

Fünfter Abschnitt. Das Pfandrecht.

§. 312. Einleitung S. 730.

Erstes Kapitel. Hypotheken- und Grundschuldrecht.

I. Charakter der Hypothek und der Grundschuld.

§. 313. Begriff. Dingliches oder persönliches Recht? S. 731. — §. 314. Objekt des Pfandrechts. Sache oder Werth? S. 734. — §. 315. Accessorischer Charakter der Hypothek S. 735. — §. 316. Die Grundschuld und die Hypothek S. 737.

II. Begründung der Hypotheken und Grundschulden.

§. 317. Allgemeines. Vorvertrag S. 740. — §. 318. 1. Freiwillige Bestellung der Hypothek und der Grundschuld S. 742. — §. 319. Fortsetzung, Erfordernisse der Bewilligung S. 743. — §. 320. 2. Gesetzlicher Hypothekentitel S. 747. — §. 321. 3. Vollstreckbare Verfügungen S. 749. — §. 322. Die Vormerkungen. Die Arrestprotestation S. 751. — §. 323. Recognitions-Hypothek S. 753. — §. 324. Hypotheken- und Grundschuldbriefe S. 754.

Digitized by Google

III. Abtretung der Hypothek und der Grundschuld.

§. 325. Die gewöhnliche Abtretung S. 758. — §. 326. Blankoabtretung der Grundschuld S. 763. — §. 327. Die Zinsscheine bei Grundschulden S. 765.

IV. Gegenstand. Inhalt des Rechts.

§. 328. Gegenstand S. 767. — §. 329. Zubehör der Verpfändung S. 770. — §. 330. Gesammthypotheken und Gesammtgrundschulden S. 775. — §. 331. Inhalt der Belastung S. 778. — §. 332. Die Kautionshypothek S. 780.

V. Rangordnung.

§. 333. Allgemeine Grundsätze S. 782. — §. 334. Spätere Veränderungen der Priorität S. 784. — §. 335. Anfechtung von Eintragungen durch gleich- oder nacheingetragene Gläubiger S. 786.

VI. Beendigung der Hypotheken und Grundschulden.

§. 336. Befriedigung des Gläubigers. Löschung S. 788. — §. 337. Succession des Eigenthümers S. 790. — §. 338. Fortsetzung. Einzelpunkte S. 793.

VII. Rechtswirkungen der Hypothek und der Grundschuld.

§. 339. Einleitung. Besondere Vereinbarungen S. 797. — §. 340. Die hypothekarische Klage wegen Verschlechterung des Pfandgrundstücks S. 799. — §. 341. Die ordentliche hypothekarische Klage S. 800. — §. 342. Einreden gegen die hypothekarische Klage S. 802. — §. 343. Gerichtliches Zwangsverfahren. Einleitung S. 805. — §. 344. Beschlagnahme der Gutseinkünfte S. 807. — §. 345. Die Subhastation S. 808. — §. 346. Beim Verfahren Betheiligte S. 811. — §. 347. Das Verfahren bis zum Versteigerungstermine S. 812. — §. 348. Die Versteigerung S. 816. — §. 349. Das Zuschlagsurtheil S. 821. — §. 350. Rechtliche Folgen des Zuschlags S. 822. — §. 351. Die Immobiliarmasse. Ordnung der Forderungen S. 825. — §. 352. Die Kaufgelderbelegung. Verfahren S. 828. — §. 353. Die Resubhastation §. 831.

Zweites Kapitel. Das Pfandrecht an Mobilien.

I. Das reguläre Faustpfandrecht.

§. 354. Einleitung §. 832. — §. 355. Voraussetzungen des Faustpfandrechts S. 833. — §. 356. Gegenstand des Faustpfandrechts S. 834. — §. 357. Rechtsverhältnisse. 1. Recht des Gläubigers auf Besitz S. 836. — § 358. 2. Das Verkaufsrecht S. 837. — §. 359. Beendigung des Pfandrechts S. 841.

II. Sogenannte symbolische Verpfändung.

§. 360. Verpfändung durch symbolische Uebergabe S. 842. — §. 361. Verpfändung von Forderungen S. 844.

III. Das Retentionsrecht und die sich anlehnenden Pfandrechte. Die Pfändung.

§. 362. Das Retentionsrecht S. 847. — §. 363. Das an eine Retention geknüpfte Pfandrecht S. 849. — §. 364. Pfandrecht des Vermiethers und Verpächters S. 851. — §. 364a. Die Pfändung S. 853.

Sechster Abschnitt. Lehnrecht, Familienfideikommiß, Vorkaufsrecht.

I. Das Lehnrecht.

§. 365. Die Lehnsallodifikation S. 855. — §. 366. Begriff. Arten des Lehens S. 857. — §. 367. Begründung des Lehens S. 858. — §. 368. Die

Digitized by Google

Lehnsfolger S. 860. — §. 369. Rechtsverhältniſſe S. 863. — §. 370. Der Anfall des Lehens S. 864. — §. 371. Von den Lehnsſchulden S. 866. — §. 372. Sonderung des Lehns vom Allodialvermögen S. 868. — §. 373. Aufhebung der Lehnseigenſchaft S. 870.

II. Das Familienfideikommiß.

§. 374. Einleitung S. 872. — §. 375. Die Errichtung des Familienfideikommiſſes S. 874. — §. 376. Die Fideikommißbehörde, die Familienvertretung S. 875. — §. 377. Rechtsſtellung des Fideikommißinhabers S. 877. — §. 378. Veräußerung des Fideikommiſſes, Verſchuldung S. 878. — §. 379. Die Succeſſion in das Fideikommiß S. 880.

III. Das dingliche Vorkaufsrecht.

§. 380. Das Recht als ſolches S. 882. — §. 381. Exiſtenz, Wirkungen des Eintrittsrechts S. 885.

Anhang: Formular I der Grundbuchordnung S. 889. — Verbeſſerungen und Zuſätze S. 896. — Sachregiſter S. 897. — Citatenregiſter. 1) Die wichtigſten Citate aus dem allgemeinen Landrecht S. 951 2) Citate aus der allgemeinen Gerichtsordnung S. 954. 3) Die übrigen Landesgeſetze und die Bundes- und Reichsgeſetze S. 955.

Digitized by Google

Abkürzungen.

Von den Gesetzen ist das allgemeine Landrecht mit „L. R.", die allgemeine Gerichtsordnung mit „A. G. O.", das deutsche Handelsgesetzbuch mit „H. G. B.", die Wechselordnung mit „D. W. O.", die Vormundschaftsordnung vom 6. Juli 1875 mit „V. O.", die Civilproceßordnung des Reichs mit „R. C. P. O.", die Konkursordnung des Reichs mit „R. K. O." citirt.

Soweit nichts Andres angegeben ist, verstehen sich bei den Citaten die neuesten Auflagen. Die bekannteren Lehr- und Handbücher sind bloß mit den Namen der Verfasser bezeichnet. Es gehören hierher Carl Georg von Wächter Handbuch des in Würtemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842—1851; J. Unger System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd. 1, 2 und 6, 1856 und 1857, 1871 (2te Aufl.); Glück Erläuterung der Pandekten; Friedrich Carl v. Savigny System des heutigen römischen Rechts 1840—1849; von Vangerow Lehrbuch der Pandekten 7te Aufl. 1863 ff.; Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts 4te Aufl. 1875 ff.; Beseler System des deutschen Privatrechts 3te Aufl. 1873; v. Gerber System 13te Aufl. 1878; Bornemann systematische Darstellung des preußischen Civilrechts 2te Aufl. 1842—1845; Heydemann Einleitung in das System des preußischen Civilrechts, 1859 u. ff.; endlich Förster Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts 3te Aufl. 1873 ff. Die Ergänzungen und Erläuterungen des allgemeinen Landrechts 6te Aufl., herausgegeben von Rönne, sind als Ergänzungen bezeichnet.

Digitized by Google

Digitized by Google

Einleitung.

§. 1. Verhältniß des preußischen Rechts zur deutschen Rechtsentwicklung.

In der politischen Thätigkeit der deutschen Nation wiegt je nach dem wechselnden Sinn und Bedürfniß der Zeiten bald die Richtung auf ein alle Stämme umfassendes Gemeinwesen vor, bald herrscht das Bestreben möglichst selbständiger staatlicher Entwicklung der einzelnen Partikeln, in welche sich die Nation gliedert. Diese entgegengesetzten Richtungen haben auch der Gestaltung des deutschen Privatrechts ihr Gepräge aufgedrückt. Mit dem sechszehnten Jahrhundert erschuf sich die deutsche Nation durch die Aneignung des römischen Rechtes ein der Gesammtheit zugehöriges gemeines Recht, welches freilich die einheimischen partikularen Rechte keineswegs ganz beseitigen konnte. Als dann mit dem Gemeingefühl der staatliche Organismus des deutschen Reiches abstarb, fiel die fortschreitende That auf dem Gebiete des Rechts fast ausschließlich der Partikulargesetzgebung anheim, welcher die gesteigerte, energisch wirkende Staatsgewalt der Einzelstaaten zu Gute kam, so daß jedoch hiermit die durch das gemeine Recht hergestellte Gemeinschaft den deutschen Stämmen keineswegs ganz verloren ging. Neuerdings endlich hat der erwachte nationale Sinn wiederum zu bedeutsamen rechtlichen Bildungen für die Gesammtheit geführt.

Auch die Wissenschaft hat entsprechend dieser dualistischen Thätigkeit des deutschen Geistes — nach beiden Seiten hin ausschauend neben dem gemeinen die partikularen Rechte zu erfassen, insofern sich letztere zum Träger selbständiger lebendiger Gedanken machten. Eine besondere Bedeutung wohnt aber dem preußischen Rechte inne. Es verleiht ihm die Ausdehnung des Gebietes, auf dem es Geltung hat, wie die äußere Stellung Preußens Wichtigkeit. Nicht weniger kommt es aber in Betracht durch die Summe der zu seiner Vollendung verwendeten geistigen Kräfte.

Das preußische Civilrecht soll in Folgendem dargestellt werden als ein eigenartiger Zweig der deutschen Rechtswissenschaft. Nicht ein einfaches Ueberführen der Resultate, welche die neuere gemeinrechtliche Wissenschaft aus dem römischen Rechte entnimmt, auf das partikulare Recht entspricht der

Digitized by Google

Aufgabe. Es muß ein solches Verfahren die Einsicht in den selbständigen Organismus des preußischen Rechtes verdunkeln. Vielmehr verlangt die besondere Erscheinung ihr eigenes Maß. Gemeines wie Partikularrecht treten durch Hervorhebung ihrer Gegensätzlichkeit in ein helleres Licht. Sie regt an, den tiefen Quellen der Verschiedenheit des modernen germanischen Rechts vom antiken römischen möglichst nachzugehen. Denn nicht eine bloße Aufzählung von Bestimmungen kann fruchtbar wirken, vielmehr ist thunlichst die innere Verknüpfung derselben unter einander zur Einheit, weiterhin ihr Zusammenhang mit der gesammten Entwicklung der modernen Gesellschaft zur Anschauung zu bringen.

Menschlichem Ermessen nach ist die Geltung der Partikularrechte eine stetig zurücktretende. Der Zug nach Einheit, welcher die deutsche Gesellschaft erfaßt hat, wird zu einer einheitlichen Gestaltung ihrer rechtlichen Verhältnisse führen. Gleichwohl wird auch für dies Ziel die geistige Arbeit, welche sich den Partikularrechten zuwendet, keine vergebliche sein. Was in denselben an fruchtbaren Rechtsgedanken enthalten ist, den nationalen Anschauungen und den Bedürfnissen der neueren Zeit entspricht, wird sich seine Stelle in dem Baue des allgemeinen Rechts zu erhalten wissen. Eine systematische Darstellung des preußischen Rechts, wie wir sie beabsichtigen, hat daher den Zweck außer der Einführung in das Studium dieser Wissenschaft eine Uebersicht des geistigen Besitzes zu gewähren, welcher der Gesammtnation in diesem Rechte gegeben ist.

§. 2. Bestimmung der Aufgabe.

Unsre Aufgabe ist nicht die Darstellung des gesammten innerhalb der Gränzen Preußens geltenden Privatrechts. Sie beschränkt sich vielmehr auf das durch den preußischen Staat geschaffne gemeine Recht, also auf den Inbegriff der Rechtsnormen, welche auf preußischen Quellen beruhen.[1] **Sie bezieht sich hiernach vor Allem nicht auf die Landestheile Preußens, in welchen deutsches gemeines Recht mit mehr oder weniger eigenthümlicher provinzieller Färbung besteht,**[2] **noch auch auf die unter der Herrschaft des französischen Rechts stehenden Gebiete.**[3] **Ausgeschlossen sind ferner die provinziellen und statutarischen Rechtsbestimmungen, welche innerhalb der terri-**

1) Nach diesem Begriffe besteht preußisches Recht auch in jetzt außerpreußischen Gebieten, insbesondere in Ansbach-Baireuth sowie auch in einigen Distrikten von Sachsen-Weimar.

2) Das gemeine Recht gilt im Regierungsbezirke Neuvorpommern, dem Gerichtsbezirk des Justiz-Senats zu Ehrenbreitstein, dem Jadegebiete, den Hohenzollerschen Landen und in den im Jahre 1866 erworbenen Provinzen mit Ausnahme von Ostfriesland und der Grafschaft Lingen sowie der ehemaligen baireuthischen Enclave Kaulsdorf.

3) Das französische Recht erhielt sich in dem Bezirke des Appellationsgerichts zu Cöln.

Digitized by Google

torialen Gränzen des gemeinen preußischen Rechts Geltung behalten haben. Alle diese Rechte haben ihre selbständigen geschichtlichen Ausgangspunkte und eine Ausbildung, welche von der des gemeinen preußischen Rechts verschieden ist.

Dagegen müssen nach dem Standpunkt der jetzigen Rechtsentwicklung mit dem specifisch preußischen Recht die auf der Gesetzgebung des neuen deutschen Reichs beruhenden Rechtsnormen behandelt werden und zwar einschließlich wesentlicher Theile des deutschen Handelsgesetzbuchs. Das deutsche Reich, durch Preußens Initiative geschaffen und durch seine Schwerkraft gehalten, ist politisch ein sich an Preußen angliederndes mit ihm untrennbar verbundenes Staatswesen. Es geschieht nun die Fortbildung des Privatrechts in Preußen derzeit theils durch die Gesetzgebung des deutschen Reichs, theils durch die Preußens, so daß für die eine oder andre Weise der Behandlung vielfach nur äußere Momente entscheiden. Trotz solcher Verschiedenheit der Quellen bleibt aber die Zusammenfassung des geltenden gemeinen Privatrechts zu einem einheitlichen System eine Anforderung der Wissenschaft, und ist für die praktische Anwendung nicht zu entbehren.

Den Mittelpunkt des preußischen Civilrechtes bildet das am 5. Februar 1794 publicirte allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten. Daher ist es gerechtfertigt bei einer dogmatischen Darstellung dieses Rechtes die übrigen Quellen von dem Gesichtspunkte ihres Verhältnisses zu jenem wichtigen und umfassenden Gesetze aus zu behandeln. Die ältere Geschichte des preußischen Rechtes erscheint nach dieser Betrachtungsweise nur als Vorbereitung für die Darstellnng des Landrechts. Die spätere Entwickelung schließt sich von selbst an die landrechtliche Gesetzgebung an, indem sie einerseits die weitere Ausbildung der im Landrecht niedergelegten Grundsätze aufzeigt, andererseits den Kampf darstellt, in welchen dieselben mit neuen Anschauungen eintraten, welchen sie in nicht wenigen Materien bereits erliegen mußten.

I. Vorgeschichte des Landrechts.

§. 3. Zeit bis zum achtzehnten Jahrhundert.

Erst vom Beginne des achtzehnten Jahrhunderts an datirt der preußische Staat als ein einheitlicher Organismus; erst von dieser Zeit an bildet sich auch ein besonderes preußisches Recht. Bis zu dieser Epoche waren die weit zerstreuten durch Verträge und Erbschaft von der Hohenzollern'schen Dynastie erworbenen Landschaften nur durch die Gemeinsamkeit des Regentenhauses geeinigt, so daß das Band einer engern Rechtsgemeinschaft zwischen den einzelnen Territorien noch nicht geschlungen war.

In bunter Mannichfaltigkeit bestanden hier vielmehr seit Alters, wie in andern Partikeln des deutschen Reiches, Provinzialrechte, Stadtrechte, lokale

Digitized by Google

Gewohnheiten und Gerichtsusancen, welche die Eigenthümlichkeiten wie die Willkühr je der kleinsten Rechtskreise zum Ausdruck brachten, wenn auch die lokalen Observanzen sämmtlich im sächsischen und lübischen Rechte eine gemeinsame Grundlage hatten.[1] Daneben war zur Neubildung veralteter Rechtszustände, zur Ausfüllung von Lücken, zur Gewinnung eines sicherern und einheitlicheren Rechtes, als durch die Ueberlieferung gegeben war, seit dem Reformationszeitalter, in welchem sich der Bruch des deutschen Volkes mit dem mittelalterlichen Staats- und Rechtsleben vollzog, das geschriebene kanonische und römische Recht recipirt worden, mittelst dessen die brandenburgischen Landschaften Theil gewannen an einem die ganze deutsche Nation verbindenden gemeinen Rechte.

In der Mark Brandenburg, dem Mittelpunkte des sich bildenden Staates, hatte sich die Reception des gemeinen Rechts mit besonderer Energie vollzogen.[2] Es war dies insbesondere im Interesse der Rechtseinheit, sowie zur Erleichterung der Rechtssprechung durch den gemeinsamen Gerichtshof, das kurfürstliche Kammergericht, geschehen. Schon die Kammergerichts-Ordnung von 1516 verfügte zu diesem Zwecke, indem sie die Mängel der bisherigen vielfältigen Rechtsordnung beklagt, daß beim Kammergericht nach kaiserlichem Rechte gesprochen werde.[3] Die Constitution vom Jahre 1527 (s. g. constitutio Joachimica), welche die Intestaterbfolge in der Mark auf Grund gemeinrechtlicher Principien ordnet, schärfte nicht weniger ein, daß in gemeinen Erbfällen wie auch in allen anderen vor dem Kammergericht verhandelten Sachen nach Kaiserrecht gesprochen werde.[4] Ja die Landstände der Mark sagten sich förmlich, indem sie der Rechtssprechung nach gemeinem Rechte zustimmten, vom Brauch und der Gewohnheit früheren Rechts und Gerichts los.[5] Es bedurfte längerer Erfahrung zur Gewinnung der Einsicht, daß das gemeine Recht nicht geeignet war das einheimische partikulare Recht ganz zu ersetzen. Nunmehr kam es zu Versuchen das heimische Recht der Mark aufzuzeichnen und zu sanktioniren, Projekte, welche jedoch einen

---

1) In einigen Gebieten galt subsidiär das gemeine Sachsenrecht also vorzugsweise das Recht, welches sich auf Grund der Interpretation des Sachsenspiegels gebildet hatte.

2) Vergl. Laspeyres: Die Reception des römischen Rechts in der Mark Brandenburg bei Reyscher und Wilda in: Zeitschrift für deutsch. Recht Bd. 6 S. 1 ff.

3) Mylius corpus const. Marchicarum Thl. II, Abth. 1 S. 10 verb: „Als wir auch in unsern Landen und Fürstenthum der vielfältigen Rechtsverordnung und Mängel befunden, wollen und setzen wir, daß hinfüro in unserm Kammergericht, Fürstenthum, Landen und Gebieten gemeine Kayserliche Rechte gehalten und darnach gesprochen werden soll."

4) Ebendaselbst S. 24. Die Joachimica regelt noch jetzt das Intestaterbrecht in der Mark Brandenburg.

5) Ebendaselbst Thl. VI, Abth. 1 S. 28: „Landtagsreceß wegen Justitiensachen u. s. f. von 1534."

Digitized by Google

officiellen Abschluß nicht erhielten.[6] Getäuscht durch die Gleichheit des Namens haben Neuere in solchen Projekten eines märkischen Landrechts die Vorläufer der jetzt bestehenden landrechtlichen Gesetzgebung gesehen. Mit Unrecht. Jene Entwürfe bezogen sich auf die partikularen Besonderheiten einer Provinz, ohne das gemeine Recht in ihren Kreis zu ziehen, das allgemeine Landrecht von 1794 beschäftigt sich im Gegentheile nur mit gemeinem Recht und läßt die dem Provinzial- und Statutarrecht angehörenden Bestimmungen außer Acht; dieses unser allgemeines Landrecht hat die Tendenz moderner Kodifikation, jene Projekte die Absicht bloßer Vervollständigung des gemeinen Rechts. Gegenstand wie Zweck dieser legislativen Arbeiten sind daher verschieden.

§. 4. Naturrechtliche Schule. Friedrich Wilhelm I.

Das sechszehnte Jahrhundert hatte den Fortschritt, welcher in der Reception des römischen Rechts lag, lebhaft empfunden und denselben mit Energie durchgeführt; in den folgenden Jahrhunderten traten die Schattenseiten, welche die Aufnahme eines nicht nationalen Gesammtrechts nach sich zog, ins Bewußtsein. Je eingehender man sich mit dem römischen Rechte beschäftigte, je ernster man dasselbe auch in seinen Einzelheiten zu verwirklichen suchte, desto deutlicher wurde es, daß das erhoffte gewisse Recht nicht gewonnen war. Die Kontroversen — vielfach nichts anderes als die Anzweiflung römischer Sätze durch die deutsche Rechtsanschauung — wuchsen unter den Händen, immer schwieriger wurde es die Grenzen der Herrschaft des römischen gegenüber dem einheimischen Rechte zu ziehen, immer mehr entfremdete sich das Recht dem gemeinen Verständniß, zum Theil auch dem modernen praktischen Bedürfnisse. Die zahlreichen Edikte der Landesherren vermehrten die Schwierigkeit der Rechtsanwendung.[1] Unter solchen Eindrücken erhob sich seit dem Ende des siebenzehnten Jahrhunders die laute Opposition der naturrechtlichen Schule; für Preußen von um so größerem Gewicht, als sie auf

6) Entwurf des Churfürsten Johann Georg zu einer Landesordnung — unter Mitwirkung Lampert Distelmeyers um 1573 und um 1594. C. C. M. Thl. VI, Abth. 3 Nr. II, S. 19 ff., S. 55 ff. — Das Landrecht des Herzogthums Preußen wurde zuerst im Jahre 1620 redigirt, dann 1685 und 1721 revidirt. Vergl. Bobrik u. Jacobson: Zeitschrift Bd. I, S. 18.

1) Die landesherrlichen Verordnungen sind in folgenden Werken gesammelt:

1. Chr. Otto Mylius: corpus constitutionum Marchicarum von Zeiten Friedrichs I. Kurfürsten zu Brandenburg (von 1455) ad annum 1736 VI. Thl. Berlin u. Halle, eine systematisch geordnete Privatsammlung (citirt als C. C. M.).
2. 4 continuationes und 1 Supplementband zur I., II. und III. Continuation: Verordnungen von 1737—1750 mit Repertorium über die 6 Theile und über die Continuationen (citirt als contin.).
3. novum corpus constitutionum Prussico-Brandenburgensium 12 Theile in chronologischer Folge v. Jahre 1751—1806 (auch neue oder akademische Editionssammlung). Dazu 2 Repertorien bis 1775 und 1803 (das Werk wird citirt als N. C. C.).

Digitized by Google

der Landesuniversität Halle ihren Hauptsitz hatte.[2] Nicht gegen den Inhalt des gemeinen Rechtes wendete man sich zunächst, vielmehr achtete man das römische Recht als wesentlich identisch mit dem gesuchten Naturrechte. Die erwachende Kritik richtete sich gegen die zunächst hervorstechenden äußeren und formellen Mängel des Rechtszustandes, vor Allem gegen das Fehlen der systematischen Einheit der in verschiedenen Quellen zerstreuten Rechtsbestimmungen, welche die principielle Erfassung und Weiterbildung wie die Uebersichtlichkeit erschwerte, dann gegen die Menge der Streitfragen, endlich gegen die fremde Sprache der Gesetze, durch welche dem Unterthan die Kenntniß von Recht und Unrecht verschlossen schien. Die gerechten Klagen des Laienpublikums über Verschleppung der Processe gaben der wissenschaftlichen Bewegung einen volksthümlichen Hintergrund. Zunächst glaubte man gegen die Krankheit des Rechts in der Doktrin ausreichende Heilmittel zu finden, indem man von der neuen naturrechtlichen Disciplin und der durch sie erstrebten wissenschaftlich systematischen Verarbeitung des Rechtes die Reform erwartete. Doch bald erschien es wirksamer und sicherer durch äußere Autorität mittelst einer dem Naturrecht entsprechenden allgemeinen Gesetzgebung Abhülfe zu treffen. So erwuchs aus der systematischen Tendenz des Naturrechts der Gedanke systematischer Kodifikation.[3] Zu dieser schien besonders der preußische Staat berufen. Die steigende Emancipation der Landesgerichtsbarkeit vom Reiche, — durch die privilegia de non appellando — hatte das Gefühl der Verantwortlichkeit für die Verwaltung des Rechts innerhalb des Territoriums geschärft, zugleich aber den Spielraum für legislative Neuerungen erweitert.[4] Die kräftige von den Gedanken der naturrechtlichen Schule wesentlich beeinflußte Persönlichkeit Friedrich Wilhelms I. entzog sich nicht den hieraus entspringenden Anforderungen. Schon von Beginn seiner Regierung an war der König eifrig bemüht gewesen, die Justizverwaltung durch zahlreiche auf einzelne Materien bezügliche Edikte zu verbessern und eine größere Rechtsgemeinschaft in seinen verschiedenen zum deutschen Reiche gehörigen Landen anzubahnen.[5] In seinen letzten Regierungsjahren stellte Friedrich

2) Vergl. Dernburg: Thomasius und die Stiftung der Universität Halle 1865.

3) Ueber die identischen Bestrebungen in Oestreich siehe Pfaff und Hofmann, Kommentar zum b. G. B. 1877 Bd. I S. 6.

4) Die churfürstlichen Lande im engeren Sinne besaßen das privilegium de non appellando schon durch die goldene Bulle. Mittelst Privilegium vom 16. December 1702 wurde dasselbe vom Kaiser Leopold auf alle brandenburgischen Reichslande für Streitsachen unter 2500 Goldgulden ausgedehnt C. C. M. II, 4 S. 1—6, unterm 31. Mai 1746 in Folge des Dresdner Friedens zum unbegrenzten erhoben. Hymmen: Beiträge Bd. 2 S. 252, 270 ff., 277.

5) So die Hypotheken- und Konkursordnung von 1722, das Wechselrecht von 1722. Die Abfassung von Konstitutionen nach sächsischem Muster über die wichtigeren Kontroversen, wie sie im Edikt v. 2. Juni 1713 §. 56 beabsichtigt ist, blieb Vorsatz.

Digitized by Google

Wilhelm I. unter Einwirkung des Staatsministers v. Cocceji eine das römische Recht ersetzende allgemeine Gesetzgebung in deutscher Sprache geradezu als Ziel der Staatsthätigkeit auf. [6]

§. 5. Thronbesteigung Friedrich M.
Projekt des corpus juris Fridericiani.

Die Thronbesteigung Friedrichs des Großen im Jahre 1740 gab Bestrebungen einen neuen Impuls, welche der Sinnesweise dieses Monarchen so sehr gemäß waren. [1]

Am wichtigsten und dringlichsten erschien die Reform des gerichtlichen Verfahrens. Seit dem Ende des dreißigjährigen Krieges hatte sich der deutschen gebildeten Stände jene falsche, träge Gründlichkeit bemächtigt, unter deren Schutz die Form nur zu häufig das Wesen der Sache erstickte. Sie machte sich wie in der Behandlung der öffentlichen Angelegenheiten, so auch im bürgerlichen Verfahren geltend. Denn die Schwerfälligkeit des gemeinen Processes wußte nur unter unverhältnißmäßigem Zeitaufwand das Ziel, die Verwirklichung des Rechtes zu erreichen. Jetzt trat in Preußen gegen den schleppenden Gang der Rechtshülfe in Folge des Antriebes des an miliärische Raschheit gewöhnten Königs eine extreme Reaktion ein. Schleunigste Abmachung des Proceßgeschäftes galt als höchstes zu erstrebendes Gut. Nach der Proceßordnung, welche zunächst für Pommern im Jahre 1747 und dann im folgenden Jahre unter dem Titel: Projekt des Codicis Fridericiani Marchici, als allgemein geltende Norm erlassen wurde, sollten alle Processe ohne Unterschied von der Klagbeantwortung an gerechnet, in einem Jahre durch sämmtliche Instanzen hindurch zu Ende geführt werden. [2] Es ist uns officiell bezeugt, daß dieses Ziel — für eine kurze Zeit — unter der steten Anspornung der obersten Gewalt und bei einseitiger Berücksichtigung des Gesichtspunktes rascher Erledigung erreicht wurde.

Der scheinbare Erfolg ermunterte zur Inangriffnahme der schwierigeren Reform des materiellen Rechts. Schon im Jahre 1749 traten die ersten Theile einer Kodifikation des materiellen Rechts unter dem Titel: „Projekt des

---

6) Reskript vom 26. Febr. 1788 §. 11: contin. I d. C. C. M. p. 131, desgl. vom 1. März dess. Jahres §. 9: contin. I. p. 138.

1) Trendelenburg: Friedrich der Große und sein Großkanzler von Cocceji, Berlin 1863 in den Abhandlungen der Akademie.

2) Am 31. December 1746 war — nach Erlangung des unbeschränkten privilegium de non appellando — eine Konstitution für Pommern ergangen, nach welcher binnen 8 Monaten 2400 Prozesse abgethan wurden. Darauf folgte 6. Juli 1747 das Projekt des Cod. Fridericiani Pomeranici, an welches sich dann das zur allgemeinen Prozeßordnung bestimmte Projekt des Codicis Fridericiani Marchici vom 3. April 1748 anschloß. Vergl. Hymmen: Beitr. Bd. 2 S. 277 ff.

Digitized by Google

Corpus juris Fridericiani" in die Oeffentlichkeit;[3] nicht wie frühere Landrechte mit dem Zweck das gemeine Recht zu ergänzen, sondern dasselbe in sich aufzunehmen und an dessen Stelle zu treten. Die äußere Verbrämung des Werkes ist im Geist und Geschmack der naturrechtlichen Schule, den Inhalt bildet römisches Recht, wie es zur Zeit aufgefaßt wurde. Mehr Lehrbuch als Gesetzbuch, mehr beschreibend als disponirend, Motiv und Gesetzesbestimmung durcheinander mischend scheint das Werk eher den Beifall des litterarischen Publikums erringen, als den Gehorsam der Unterthanen erzwingen zu wollen. Zweierlei vor Allem weiß der Gesetzgeber von sich zu rühmen, einmal den Gebrauch der deutschen Sprache, welche er gleichwohl buntscheckig genug mit Fremdwörtern durchwirkt hat, dann die systematische Gliederung, mittelst deren er das Recht in eine natürliche Ordnung und in ein richtiges System gebracht habe. Die Bevorzugung römischen Rechtsstoffs wird auf dessen Uebereinstimmung mit dem Naturrecht gegründet, das Bestreben, welches damals zuerst bei einer jüngeren Schule hervortrat, den Abweichungen des deutschen Rechts vom einheimischen größeren Raum zu gönnen, verwirft der Gesetzgeber im Prinzip als willkührlich und die Ungewißheit des Rechts mehrend.[4] Nur widerwillig und beschränkt gab man nach, daß die einzelnen Provinzen und Städte Bestimmungen ihres Partikularrechts sich erhalten könnten, wenn sie dieselben zur landesherrlichen Approbation innerhalb einer kurzen hierfür gesteckten Frist einsendeten.[5]

Doch an dem Widerstande, welchen das einheimische partikulare Recht dem romanisirenden allgemeinen Gesetze entgegenstellte, scheiterte der Versuch Cocceji's. Der baldige Tod seines Urhebers Cocceji,[6] der ausbrechende siebenjährige Krieg, ließen ohnehin das Interesse für denselben zurücktreten. Das Gesetz blieb unvollendet.

---

3) Der erste Theil vom Jahre 1749 behandelt das Personenrecht in 3 Büchern, der zweite vom Jahre 1751 die dinglichen Rechte in 8 Büchern. Der dritte Theil — Obligationenrecht und Kriminalrecht — wurde nicht publicirt. Gesetzeskraft erhielt das Werk nur theilweise und in einigen Provinzen. Vergl. die Justizreform in den Jahren 1746—1748 in v. Kamptz's Jahrb. Bd. 59 S. 67 ff.

4) Es ging dies so weit, daß unter Anderm die Beendigung der väterlichen Gewalt durch separata oeconomia und durch Heirath der Tochter wenigstens principiell verneint ward. Corp. jur. Frid. I, 1. 9. §. 28. 29.

5) Ueber die nachfolgenden, seit 1753 hervortretenden Kodifikationsbestrebungen Maria Theresia's in Oesterreich vergl. Unger österr. Pr. R. Bd. I, S. 5. Pfaff und Hofmann Kommentar S. 8 ff. — Gleichzeitig begann auch die bayerische Kodifikation, welche im codex Maximilianus bavaricus 1750—1768 ihren Abschluß fand, übrigens die Subsidiarität des gemeinen Rechts bestehen ließ.

6) Samuel von Cocceji, geb. 1679, sei 1738 an der Spitze der Justiz, starb am 4. November 1755. Vergl. über denselben vorzugsweise Trendelenburg l. c. S. 4 ff.

Digitized by Google

II. Das allgemeine Landrecht und die Gerichts-Ordnung.

§. 6. Redaktion des Landrechts.[1]

Das erste Fehlschlagen raubte dem Gedanken der Kodifikation seine Anziehungskraft nicht. Als der Kampf für die Existenz des Staates siegreich beendet war und die nothwendige Sorge für dessen wirthschaftliche Wiederherstellung nicht mehr alle Kräfte in Anspruch nahm, wagte Friedrich der Große den Versuch zum zweiten Male,[2] dessen Durchführung ihm in der Zeit der Jugend nicht gelungen war. Mit größerem Aufwand von geistiger Arbeit, mit gründlicherer Anstrengung, unter längerem Zeitaufwande entschloß man sich, von neuem dem Ziele nachzugehen, welches ursprünglich so nahe erschienen war, daß man es durch einen raschen Wurf in kürzester Frist erreichen zu können glaubte. Die Wahl der Personen, denen die Arbeit der Gesetzgebung übertragen wurde, versprach einen außerordentlichen Erfolg. Die Leitung fiel dem ideenreichen Großkanzler von Carmer, die Durchführung der unermüdlichen Thätigkeit des Suarez[3] anheim, des hervorragendsten Mitgliedes der für die Kodifikation gebildeten Kommission.[4] Die Reform begann auch jetzt mit dem Prozeß. Diesmal, indem man, gemäß der Reformgedanken Carmers, auf dessen Grundlage selbst zurückging. Statt der bisher erstrebten formellen Richtigkeit des Urtheils, die materielle Wahrheit in höherm Grade zum Ziele des prozessualischen Verfahrens zu machen, war ein verdienstvoller Gedanke. Indem man aber in der neuen Prozeßordnung von 1781 — dem ersten Buch des Corpus juris Fridericianum — dem Richter aufgab, selbst die Materialien zu sammeln und die dem Prozesse zu Grunde liegenden Thatsachen im Wege einer Untersuchung klar zu stellen, verkannte man die natürlichen Grenzen der Aufgabe des Richteramts und die Vortheile, welche aus der Betreibung ihrer eigenen Angelegenheiten durch die Parteien erwachsen.[5] War aber der Richter als

---

1) Vergl. Simon über die Redaktion der Preußischen Gesetze. (Mathis: Monatsschrift Bd. XI, S. 190 ff.).

2) Durch Kabinetsordre vom 14. April 1780 (N. C. C. VI, S. 1935—44).

3) Suarez ist geboren zu Schweidnitz 27. Februar 1746, gestorben 14. Mai 1798. Ueber ihn vergl. v. Kamptz's Jahrb. Bd. 41. 1ª—76ª.

4) Carmer wählte für die Redaktion zunächst Baumgarten, Suarez, Pachaly und Bolkmar (welcher schon 1782 ausschied), später gesellte sich Klein, Goßler und Kircheisen zu. Simon a. a. O. S. 199 ff.

5) Diese Gedanken suchte das am 26. April 1781 publicirte Corpus juris Fridericianum durchzuführen. Sie wurden in der auf dieser Grundlage umgearbeiteten Allgemeinen Gerichts-Ordnung für die preußischen Staaten später wiederholt. Der Prozeßordnung folgte unterm 15. September 1783 die Deposital-Ordnung und unterm 20. December 1783 die Epoche machende Hypothekenordnung.

Digitized by Google

Beistand, ja fast als Vormund der Parteien gehalten, das thatsächliche Verhältniß zur Klarheit zu bringen, so sollte ihm in dem Civilgesetzbuch, das man gleichfalls in Angriff nahm, das materielle Recht möglichst fertig entgegengebracht werden. Nicht bloß allgemeine Sätze, wie sie der Cocceji'sche Entwurf aufstellte, sondern in das feinste Detail ausgeführte Rechtsbestimmungen sollten dem Richter an die Hand gegeben werden, so daß er, was er fertig vorfand, unmittelbar verwenden könne. In diesem Sinne wurde in möglichster Vollständigkeit der Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die preußischen Staaten ausgearbeitet, welcher in 6 Bänden in den Jahren 1784 bis 1788 veröffentlicht wurde.[6] Zur endlichen Vollendung des Unternehmens, welches den Ideen des Jahrhunderts Verkörperung geben sollte, forderte man aber, wie die Gutachten von Behörden und Ständen, so auch die Mitwirkung aller dem Kreise der Philosophen, der gebildeten Laien und der Juristen angehörenden erleuchteten Köpfe nicht bloß Deutschlands, sondern der gebildeten Welt. Die Theilnahme an dem großen legislatorischen Unternehmen, dem ersten seiner Art, welches der Staat des großen Friedrich zu verwirklichen bestrebt war, blieb nicht hinter der Erwartung zurück. Es war gewissermaßen der Gemeinverstand des achtzehnten Jahrhunderts mitarbeitend thätig. Was so von allen Seiten herzugetragen war, suchte dann Suarez in der revisio monitorum kritisch zu behandeln und fruchtbar zu machen[7] Trotz eifrigster Thätigkeit der Redaktoren schloß aber König Friedrich die Augen, ehe das von ihm angebahnte Werk beendet wurde. Erst am 20. März 1791 konnte die Vollendung des Werkes verkündet und das Inkrafttreten des „allgemeinen Gesetzbuchs für die preußischen Staaten" auf den 1. Juni 1792 bestimmt werden.

So trat aber der Abschluß des Gesetzes in den Beginn einer neuen Epoche, in welcher die europäische Gesellschaft durch die tiefgehende Umgestaltung der französischen Staats- und Rechtszustände in Zwiespalt versetzt und das Landrecht in den scharfen Kampf eben entbrannter politischer Gegensätze hereingezogen wurde. Mochte den Einen die Erhaltung veralteter Einrichtungen im Landrechte Gegenstand des Tadels sein, so war den Andern die rationalistische, den Bestrebungen der naturrechtlichen Schule huldigende Haltung so antipathisch, daß man der Einführung des Gesetzes entgegentrat.

---

6) Vorarbeiten hatten Excerpte aus dem corpus juris und andern Quellen von Bolkmar und Pachaly gebildet. Es folgten dann Entwürfe und Aufsätze von Klein, an welche sich der erste Entwurf von Suarez anschloß. Dieser war den Mitgliedern der — noch außerdem bestehenden — Gesetzeskommission und einigen anderen Beamten, insbesondere v. Tevenar mitgetheilt worden, deren Gutachten Suarez in der — ersten — Revision der monitorum beurtheilte, wonach dann der gedruckte Entwurf redigirt wurde. Simon l. c. S. 208 ff.

7) Vergl. v. Kamptz: Jahrb. Bd. 52, S. 1 ff.

Digitized by Google

Es gelang eine Suspension auf unbestimmte Zeit zu erwirken.[8] Immerhin blieb jedoch das Schwergewicht der Arbeit so bedeutend, daß dieselbe nach kurzer Zeit mit wenigen Veränderungen unter dem Titel: „Landrecht für die preußischen Staaten" vom 1. Juni 1794 ab[9] in Wirksamkeit gesetzt wurde.[10] [11]

§. 7. Würdigung des Landrechts.

Ueber die Ziele der landrechtlichen Gesetzgebung sprechen sich vor Allem die am 14. April 1780 erlassene königliche Instruktion für deren Ausarbeitung, dann das Publikationspatent vom 20. März 1791 aus. Hiernach waren Herstellung eines sicheren und zweifelsfreien Rechtszustandes, Beseitigung von Kontroversen, Gemeinverständlichkeit der Fassung, also, daß auch der Laie die Gesetze verstehen und sich vorkommenden Falles nach ihnen richten könne, Simplifikation der Rechtsnormen und Ausscheidung veralteter Bestimmungen, ferner Billigkeit der Vorschriften und Verminderung der Prozesse, durch dieses Alles endlich Beförderung des Wohls der bürgerlichen Gesellschaft und des Nationalreichthums die Ideale, welche dem Gesetzgeber vorschwebten.

So wohlgemeinte Absichten sollten sich, wie eine achtzigjährige Erfahrung darthut, nur bedingt verwirklichen, sie erstrebten zum Theil Unerreichbares. Die Beseitigung der Kontroversen konnte nicht gelingen, da sich die Tragweite neuer Gesetze, ihr Verhältniß zum alten Rechte, endlich ihre gegenseitige Beziehung erst unter Zweifel und Streit feststellen kann, so daß sich die Kontroversen an eine neue Kodifikation mit unausweichlicher Noth-

---

8) Immediatbericht des schlesischen Justizministers v. Dankelmann vom 9. April und Kabinetsordre vom 18. April 1792 in v. Kamptz's Jahrb. Bd. 52. S. 139 bis 141.

9) Patent vom 5. Februar 1794; über die Schlußrevision vergl. Suarez's amtliche Vorträge, v. Kamptz's Jahrb. Bd. 41, S. 1 ff.; vergl. auch über die Abänderungen Siewert's Materialien H. 1, S. 143 ff.

10) Ueber die Ausgaben vergl. Strampff in seiner und Simons Zeitschr. Bd. I, S. 214 ff. Das allgemeine Gesetzbuch erschien zweimal, 1791 u. 1792, zuerst bei Decker, dann bei Pauli, beidemal in lateinischer und deutscher Schrift. (Letztere Ausgabe bei Pauli, deren Existenz meist für apokryph erklärt ward, liegt mir vor.) Die ersten Ausgaben des Landrechts von 1794 sind nur Exemplare des Gesetzbuchs mit verändertem Titel und Cartons. Seit 1804 erschienen die officiellen Ausgaben bei Nauck. Besonders brauchbar ist die Ausgabe von Schering 1862 und 1863 (2. Ausg. 1870 ff. 2 Bde. Text und 3 Bde. Nachträge), welche die aufgehobenen Paragraphen durch lateinische Schrift heraushebt und die ergänzenden und abändernden Bestimmungen in den Nachträgen sammelt. — Es existirt eine lateinische (1800), französische (1803), polnische (1833) Uebersetzung des Landrechts.

11) Citirt wird das Landrecht gewöhnlich als A. L. R. — wir setzen nur L. R. — so daß dann Theil I oder II, der Titel, endlich der Paragraph folgt, die Gerichtsordnung wird ähnlich mit A. G. O. angeführt.

Digitized by Google

wendigkeit heften. Die Absicht der Gemeinverständlichkeit ist für ein Gesetzeswerk um deswillen nur in beschränkter Weise zu erreichen, weil die einzelnen Bestimmungen des Gesetzes stets nur im Zusammenhange des Ganzen volles Verständniß finden können, für solche Einsicht in das Ganze aber Rechtsgelehrsamkeit unerläßlich ist, so daß Bürger und Bauer die ihnen nöthige Rechtskenntniß nimmermehr durch Beschäftigung mit den abstrakten Normen des Gesetzbuches, sondern nur durch die Anschauung des Lebens und die Erfahrung gewinnen. Die gewünschte Simplifikation des Rechts kam mit der kasuistischen Billigkeit des Gesetzes in Konflikt, die erstrebte Vollständigkeit des Details konnte sich den Fragen gegenüber, die das Leben täglich aufwirft und neu gestaltet, nicht bewähren. Vollends die Maßregeln zur Verminderung der Prozesse, insbesondere die Vorschriften über Schriftlichkeit und Gerichtlichkeit der Rechtsakte verfehlten ihren Zweck zum großen Theil, da sie das Leben nicht in ihre Bahn zu zwingen wußten und neuen Streitigkeiten über die Form den Weg eröffneten. Indem man endlich die Privaten dadurch zu fördern suchte, daß man sie zum Gegenstand der Staatsfürsorge und vielfacher Bevormundung machte, hemmte man die Entfaltung individueller Selbständigkeit und die Entwickelung des Verkehrs, dessen Lebensbedingung freie Bewegung ist.

Erfüllten sich also die auf den nächsten Nutzen gerichteten Erwartungen nicht, so ist doch die Bedeutung der landrechtlichen Gesetzgebung um deswillen keine geringere. Es befreite sich hier der deutsche Geist von zahlreichen Rechtsnormen, welche, mit den fremden Rechten aufgenommen, ihm gleichwohl fremd und gegensätzlich geblieben waren, es brach sich vielen Orts eine aus dem eigenen Sinn des deutschen Volkes entspringende und den modernen Bedürfnissen entsprechende neue Rechtsbildung Bahn. Nicht als ob die Verfasser des Landrechts durchaus Neues erfunden hätten. Aber es existiren in der Litteratur des älteren gemeinen Rechts unter dem Wust der Kontroversen zwei sich entgegenstehende Strömungen. Die eine mehr gelehrte hält sich vorzugsweise an die Quellenbestimmungen, die andere, mehr populäre entnimmt in naiver Weise aus den fremden Rechten — oft gegen deren entschiedenen Willen — nur was den heimischen Anschauungen entspricht. Die Verfasser des Landrechts, dem Leben näher stehend als der Schule, folgen nun durchweg der zweiten Gruppe von Meinungen, indem sie dieselben als die der Vernunft und dem Naturrecht entsprechenden ansahen. So läßt sich fast jede Veränderung, die sie trafen, aus früheren Behauptungen herleiten und belegen und doch entstand auf solche Weise ein neues volksthümlicheres Ganze.

Schon das aber war für die Gestaltung des deutschen Rechtes ein bedeutsamer Schritt, daß hier zum ersten Male der gesammte, aus den

Digitized by Google

fremden wie den einheimischen Rechten stammende Stoff in organische Verbindung gebracht und zu einer Einheit verschmolzen wurde.

§. 8. System des Landrechts.[1]

Der Mangel systematischer Ordnung der gesetzlichen Bestimmungen war einer der Hauptvorwürfe gewesen, welche die naturrechtliche Schule gegen das gemeine Recht geltend gemacht hatte. Eine Abhülfe in dieser Beziehung durch systematische Gliederung des Rechtsstoffes erschien daher bei Bearbeitung eines neuen Gesetzes elementare Bedingung des Erfolgs. Demnach wendete sich ihr die besondere Sorgfalt der Verfasser des Landrechts zu.

Der allgemeinste Gedanke, welcher sie leitete, ist folgender. Der Einzelne steht zur äußeren Welt in einer doppelten Beziehung. Er tritt ihr gegenüber als Individuum, dann aber auch als Glied socialer und politischer Genossenschaften. Nach beiden Seiten hin unterliegt seine Stellung rechtlicher Bestimmung. Hiernach gliedert sich das System in zwei Haupttheile.[2] Der erste Theil des Landrechts, dem eine kurze Einleitung in das Ganze vorhergeht, ordnet die Rechte des Individuums als solchen im Sachenrecht, der andere Theil solchergestalt vom Einfachen zum Komplicirten fortschreitend, behandelt das Familien- und Socialrecht. So ist der Gesichtspunkt, von welchem das Gesetzeswerk ausgeht, in dem Sinne privatrechtlich, als der Einzelne, nicht aber der Staat zum Mittelpunkt der gesammten Darstellung gemacht wird, wiederum aber greift das Landrecht über die Grenzen des Privatrechts weit hinaus und zieht nicht wenige Lehren des öffentlichen Rechts in seinen Kreis.

1. Im ersten Theile nun, dem Sachenrechte, lassen sich drei Gruppen unterscheiden. Die erste Gruppe, aus den sieben an der Spitze stehenden Titeln gebildet, stellt in Verbindung mit der dem Ganzen vorausgeschickten Einleitung die allgemeinen Wahrheiten des Rechts dar. Es wird in dieser Einleitung von den Rechtsquellen und den allgemeinsten Rechtsgrundsätzen gehandelt, dann im ersten und zweiten Titel von Personen und Sachen,

---

1) Suarez: Inhalt der preußischen Landesgesetze in Siewert's Materialien Bd. I, S. 3 ff. Heydemann: Einl. Bd. I, S. 35 ff.

2) Ursprünglich hatte man die Absicht, das Schema der Institutionen Justinians zu Grunde zu legen, des einzigen aus der Antike überkommenen Systems des Civilrechts: omne jus, quo utimur, ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones §. 12 J. de jure nat. 1, 2. Hiernach wollte man zunächst vom Personen-, dann vom Sachenrecht, endlich von gemeinsamen Lehren, insbesondere von Kontrakten und Testamenten handeln. Die letztere Rubrik zog man indessen als im Grunde zum Sachenrecht gehörig zu diesem. Zuletzt aber stellte man das Sachenrecht als die einfacheren Lehren enthaltend dem Personenrecht vor, während der gedruckte Entwurf von 1784 noch das Personenrecht vorausgeschickt hatte. Vergl. Simon über die Redaktion a. a. O. S. 205 ff.

Digitized by Google

vom dritten Titel ab von den juriſtiſchen Thatſachen, insbeſondere von Willenserklärungen, Verträgen und unerlaubten Handlungen, endlich im ſiebenten Titel vom Beſitz geſprochen. Die nunmehr folgenden Titel behandeln, als zweite Gruppe dieſes Theils, den vorzüglichſten Gegenſtand deſſelben, das Eigenthumsrecht. Unter Eigenthum wird aber alles Vermögensrecht verſtanden, alſo nicht nur Rechte an körperlichen Sachen, ſondern auch Vermögensgerechtſame anderer Art. Nachdem nun zunächſt im achten Titel vom Eigenthum überhaupt und deſſen geſetzlichen Einſchränkungen gehandelt iſt, wendet ſich das Geſetz vor Allem vom neunten Titel an zu der Lehre vom Erwerb des Eigenthums. Die Gruppirung dieſer Lehre aber iſt abhängig gemacht von der Eintheilung der Erwerbsarten in unmittelbare und mittelbare. Jenes iſt der Erwerb, welcher ſich ohne Mitwirkung eines früheren Eigenthümers vollzieht, dieſes iſt der von der mitwirkenden Thätigkeit des bisherigen Eigenthümers abhängige Erwerb. Unter den zuvörderſt im neunten Titel erörterten unmittelbaren Erwerbsarten finden ſich nicht nur Okkupation und Verjährung, ſondern auch die Lehre vom Erwerb des Nachlaſſes eines Verſtorbenen aufgeführt, während die Gründe der Berufung zur Erbſchaft erſt ſpäter an anderen Orten zur Behandlung kommen. Es folgen die mittelbaren Erwerbsarten, deren wichtigſte die Tradition den zehnten Titel beſchäftigt, worauf dann im eilften Titel die Forderungsrechte als Titel des Eigenthumsüberganges dargeſtellt werden, ſo daß hier unter Anderm Kauf, Darlehen, Schenkung, aber auch Ceſſion ihren Platz finden. Ferner aber erhalten unter den mittelbaren Erwerbsarten im zwölften Titel Teſtamente und Erbverträge ihre Stelle. Es reiht ſich der Erwerb durch Andere, insbeſondere der Vollmachtsvertrag an. Der Lehre des Erwerbs folgt im vierzehnten Titel die Aufzählung der Mittel zur Erhaltung des Eigenthums, wobei — bezeichnend für die Außerachtlaſſung der juriſtiſchen Verwandtſchaft — Depoſitum, Verwaltung fremder Güter, Kaution und Bürgſchaften, Pfändungen und Proteſtationen in bunter Miſchung nach einem äußerlichen Kriterium vereinigt werden. Der ſich anſchließende fünfzehnte Titel behandelt die Vindikation, der ſechszehnte den Untergang des Eigenthums und zugleich die Endigungsgründe der Forderungen. Von hier aus beginnt die dritte Gruppe dieſes Theils, deren Gegenſtand ſolche Rechtsverhältniſſe ausmachen, bei welchen Rechte Mehrerer an einem und demſelben Objekte konkurriren. Insbeſondere ſtellt der ſiebzehnte Titel zunächſt Miteigenthum und Geſellſchaft dar, der achtzehnte behandelt das ſogenannte getheilte Eigenthum, nämlich die Verhältniſſe der Lehen und Erbzinsgüter, der neunzehnte beſpricht die Rechte auf fremdes Eigenthum im Allgemeinen und es folgt dann im zwanzigſten die ſpecielle Darſtellung des Pfandrechts, des Vorkaufsrechts, im einundzwanzigſten des Nießbrauchs, des Kommodats, der Miethe und der

Digitized by Google

Pacht, dann im zweiundzwanzigsten Titel die Lehre der Grundgerechtigkeiten, endlich im dreiundzwanzigsten Titel die Lehre von den Zwangs- und Bannrechten.

2. An der Spitze des zweiten Theils, des Personenrechts, steht in vier Titeln das Familienrecht, bei dessen Veranlassung Intestaterb- und Pflichtheilsrecht, desgleichen die Lehre von den Familienstiftungen und Fideikommissen aufgeführt werden. Hieran schließt sich im fünften Titel das Gesinderecht, ferner im sechsten das Recht gesellschaftlicher Vereinigungen und Korporationen. Es folgt die Darstellung der rechtlichen Verhältnisse des Bauern- und Bürgerstandes, wobei einerseits die Gutsunterthänigkeit, andererseits Handels- und Wechselrecht zur Sprache kommen, dann das Recht des Adels und der Beamten, der Kirche und öffentlichen Schulen. Mit den rechtlichen Beziehungen zwischen Einzelnen und dem Staate vollendet sich diese Abtheilung. Ihren Schluß bilden Rechtsmaterien, welche den staatlichen Schutz der Privaten betreffen, die Lehre von der Vormundschaft im achtzehnten, von den Armenanstalten im neunzehnten, endlich von den Verbrechen und Strafen im zwanzigsten Titel.

Ersichtlich berücksichtigt die Anordnung nicht den juristischen Charakter und den inneren Zusammenhang der Rechtsinstitute, es ist vielmehr der ökonomische Zweck und die äußere Erscheinung der Rechtsverhältnisse maßgebend. Dies ganz dem Sensualismus der Epoche entsprechend. Daraus ergeben sich zwar geistreiche und frappante, aber nicht tief begründete Zusammenstellungen, die Zersplitterung des Obligationenrechts und die Zerreißung des Erbrechts. Der Anschluß einer systematischen Darstellung an die Legalordnung ist daher kaum durchführbar, so sehr äußere Zweckmäßigkeitsgründe an sich für sie sprechen mögen.[3]

§. 9. Interpretation des Landrechts.

Hat der Gesetzgeber seinen Willen einmal kund gethan, so muß er die Durchführung seiner Anordnung im Einzelnen, die Anwendung und Auslegung derselben anderen Faktoren, insbesondere dem Richteramte überlassen. Nur unter dieser Voraussetzung erhält sich das Gesetz auf der Höhe allgemeiner Normen. Versucht der Gesetzgeber hingegen auch die Verwirklichung im Einzelnen zu regeln und sich die Auslegung des allgemeinen Gesetzes vorzubehalten, so verstrickt er sich in das Detail und seine Vorschriften verlieren die Allgemeinheit und die Uebersichtlichkeit, welche die Naturbedingungen ihrer Anwendbarkeit bilden. Nicht immer jedoch besitzt die gesetzgebende Gewalt

3) Auch unsere Bearbeitung wird sich an das jetzt gewöhnliche System der Pandektenlehrbücher anlehnen, was sich auch um deswillen empfiehlt, weil es auf diese Weise erleichtert wird, das Studium des Landesrechts in ein inneres Verhältniß zur Lehre des gemeinen Rechts zu setzen, deren allgemeine Kenntniß hier vorausgesetzt wird.

Digitized by Google

die Resignation, sich innerhalb der natürlichen Schranken haltend, die Auslegung und nähere Bestimmung ihres Willens Andern zu überlassen. So haben die späteren römischen Kaiser in dem Gefühle vermeinter Allmacht auch die Interpretation für sich allein in Anspruch genommen.[1] Nicht anders that der landrechtliche Gesetzgeber. Er gedachte, indem er sich die Interpretation vorbehielt, die Entwicklung von Kontroversen zu verhindern und die Gestaltung eines sicheren Rechts zu erzwingen.[2] Deshalb wies das Landrecht den Richter an in allen Fällen, in welchen der Sinn einer Gesetzesstelle zweifelhaft schien, die Auslegung bei der hiefür niedergesetzten ständigen Gesetzeskommission einzuholen.[3] Doch die Erfahrung bewies aufs neue die Unmöglichkeit solcher Monopolisirung der juristischen Vernunft. Es zeigte sich, daß der Rechtszustand eines großen Volkes nicht geregelt werden kann durch eine beständig thätige, ins Einzelne greifende, unruhige Einwirkung des Gesetzgebers, sondern nur durch stetige Gesetze, welchen Raum gelassen wird, ihren vollen Inhalt zur Geltung zu bringen, indem sie sich dauernd praktisch an den Rechtsverhältnissen bethätigen und — wenn auch unter beständigem Widerstreit der Meinungen — von innen heraus ihren Thatbestand entwickeln. Schon nach kurzer Zeit wurde die Gesetzeskommission aufgehoben und dem Richter die Macht der Interpretation zweifelhafter Gesetze zurückgegeben.[4] Die gleichzeitig gegebene Auflage, die vermeinte Dunkelheit des Gesetzes dem Justizminister regelmäßig behufs künftiger Legislation anzuzeigen, scheiterte an der praktischen Unthunlichkeit dieser Vorschrift.

§. 10. Fortsetzung. Grundsätze der Interpretation.

Im Allgemeinen sind für die Interpretation des Landrechts maßgebend die Grundsätze, welche die juristische Theorie über die Interpretation gesetzlicher Willensäußerungen überhaupt entwickelt.[1] Hiernach hat sich das Wort des Gesetzes dem erkennbaren gesetzgeberischen Willen unterzuordnen, welchem

1) l. 12. C. de legibus 1, 14: tam conditor, quam interpres legum solus imperator juste existimabitur.

2) Freilich war die Ueberschätzung der Macht und des Berufs der Gesetzgebung ein allgemeiner Irrthum des vorigen Jahrhunderts; vergl. Projekt des corp. jur. Fridericiani Vorrede §. 29. — So bestimmte in Frankreich das Gesetz vom 24. Aug. 1790, Tit. II, art. 12, daß die Richter sich an die gesetzgebende Versammlung zu wenden hätten: toutes les fois, quils croiraient, necessaires d'interpréter une loi. Vergl. Unger östr. P. R. I, §. 13, Anm. 2.

3) L. R. Einl. §. 47. Allgem. G. O. I, 13, §. 32 ff. Auf Ausfüllung von Lücken im Wege unzweifelhafter Analogie bezog sich jedoch nicht. Sie galt vielmehr von Anfang an als Sache des Richters. Einl. des L. R. §§. 49. 50.

4) K. O. v. 8. März 1798 u. Anhang zum L. R. §. 2, zur G. O. §. 77.

1) Vergl. hierüber besonders Kierulff S. 18 ff., ferner Savigny I, §. 32 bis 51. Wächter II, §. 12—14. §. 23—36. Unger I, §. 13 ff. Windscheid I, §. 20 ff.

Digitized by Google

das Wort nur die Form giebt.[2] Allerdings wird sich unmittelbar nach dem Erlaß einer weitläufigen Kodifikation der Regel nach zunächst bloße Wortinterpretation zur Geltung bringen; denn alle Auslegung fängt mit dem Worte an. So geschah es auch in Preußen in den ersten Jahrzehnten nach Publikation des Landrechts. Mit der Vertiefung der Einsicht und mit dem Fortschritt der Wissenschaft macht sich jedoch auch in der preußischen Praxis ein Aufsteigen von dem Worte zur Würdigung der gesetzgeberischen Intention geltend.

Besondere Interpretationsmittel des Landrechts sind die Titelüberschriften, dann die kurzen Inhaltsangaben, welche dessen Text am Rande begleiten, die s. g. Marginalien, endlich das Register, mit welchem das Werk publicirt wurde. Diese Bestandtheile des Werkes sind zwar nicht, wie man behauptet hat, Theile des Gesetzes selbst, da sie belehren und den Gebrauch erleichtern, keineswegs gesetzliche Verfügungen enthalten sollten; jedoch entspricht es ihrem Zweck, sie als Mittel der Erläuterung zu benutzen.[3]

Einen tieferen Einblick in die Arbeitsstätte der Abfassung des Landrechts geben die Entwürfe, Arbeiten und Beschlüsse der Redaktoren desselben, die sogenannten Materialien, welche indessen nur zum geringeren Theile veröffentlicht wurden.[4] Uebertriebene Erwartungen freilich, welche von der Benutzung dieser Materialien eine neue Epoche wissenschaftlicher Kenntniß des Landrechts und die nicht versiegende Quelle zur Aufhellung streitiger Einzelbestimmungen erhofften, konnten sich nicht verwirklichen. Nur für ein begrenztes Feld und nur unter kritischer Benutzung sind die Materialien von Werth. Denn nicht immer ist der gesetzgeberische Wille, welcher sich schließlich im Gesetz verkörpert findet, identisch mit den Auffassungen einzelner Redaktoren, wie sie sich bei der Berathung äußerten und in den Materialien niedergelegt finden; es bleibt vielmehr zu erwägen, in wie weit die Vorgedanken Einzelner bei der endlichen Festsetzung bestimmend waren; dann aber erschöpft die Benutzung dieser Hülfsmittel die Aufgabe der Interpretation auch um deswillen nicht, weil die Zweifel und Kontroversen der Folgezeit nur zum Theil in denjenigen Fragen auftraten, über welche die Redaktoren sich ausgesprochen haben, öfter sich in dem erheben, was sie als selbstverständlich voraussetzten oder in seinen Konsequenzen nicht in Betracht zogen. Gerade deshalb ist Einsicht in die geistige Atmosphäre, welche die Verfasser

2) l. 17 D. de legibus (1. 3) „scire leges non est verba tenere, sed vim ac potestatem."

3) Auch dies läßt nicht gelten Heydemann Bd. I, S. 125.

4) Die Materialien zu den Lehren vom Gewahrsam und Besitz und von der Verjährung sind herausgegeben von Simon in seiner und Strampffs Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des preuß. P. R. Bd. 3, die amtlichen Vorträge von Suarez bei der Schlußrevision finden sich in v. Kamptz's Jahrb. Bd. 41 S. 1 ff.

Digitized by Google

umgab, in die rechtsphilosophischen Anschauungen der Zeit, in die gemeinrechtliche Doktrin und in die Praxis des vorigen Jahrhunderts von vorzüglicher Bedeutung. Erst die aus dieser Einsicht und dem Gesammtinhalte des Landrechts gewonnene Anschauung seiner leitenden Gedanken erhebt uns zur Erkenntniß der Tragweite der einzelnen Gesetze, lehrt uns das Nebensächliche von den Fundamentalsätzen scheiden und giebt uns Mittel zur Ausfüllung von Lücken des Gesetzes und zu dessen weiterer Fortbildung auf dem Wege der Analogie. Diese Aufsuchung der grundlegenden Gedanken ist aber gerade bei dem Landrechte von besonderer Wichtigkeit, da das Landrecht die principielle Fassung vielfach absichtlich vermeidet, das Einzelne mit besonderer Vorliebe vorkehrt und oft sogar die Ausnahme in scheinbarer Allgemeinheit dem Grundsatze selbst vorherschickt, so daß die Interpretation hier vorzüglich zu berücksichtigen hat, daß das Urtheil sich nicht sowohl auf einzelne Theile des Gesetzes als auf dessen Gesammtheit zu stützen hat.[5]

Bleiben Antinomien, so sind sie entweder auf sogenanntem historischem Wege zu beseitigen, falls man nämlich nachweisen kann, daß die eine Bestimmung einer älteren, später aufgegebenen Intention der Verfasser entspricht, oder es hat deren Lösung, wenn ein solcher Nachweis nicht gelingt, der Art zu geschehen, daß man der grundsätzlichen Entscheidung den Vorzug giebt. Nicht selten finden sich Widersprüche zwischen dem Landrechte und der Gerichtsordnung, der erst nach dem Landrechte veröffentlichten[6] Neubearbeitung der friderecianischen Proceßordnung.[7] Es ist dann nicht etwa der Gerichtsordnung als dem später in Kraft getretenen Gesetze absolut der Vorzug zu geben, da beide Gesetze Theile eines Ganzen bilden sollten. Ebensowenig kann die Regel genügen, daß die Gerichtsordnung bei processualischen, das Landrecht bei civilrechtlichen Fragen zu Grunde zu legen sei. Denn auch die Gerichtsordnung hatte nicht bloß den Zweck eines Proceßgesetzes, sondern sollte die Richtschnur für zahlreiche aufs materielle Recht bezügliche Bestimmungen sein. Vielmehr sind solche Widersprüche zwischen Landrecht und Gerichtsordnung wie Antinomien, welche in demselben Gesetzbuche sich finden, aufzufassen und deshalb nach den oben angegebenen Grundsätzen zu schlichten.[8]

5) cfr. l. 24 D. de legibus 1. 3.

6) Das Publikationspatent der Gerichtsordnung wurde zwar schon am 6. Juli 1793, also vor der Publikation des L. R. vollzogen; allein da der Druck noch nicht begonnen hatte, so verzog sich die wirkliche Publikation des ersten Theiles bis zum 24. Dezember 1794, die der folgenden Theile bis zum 30. Juli 1795. Simon bei Mathis Bd. 11, S. 276 u. 277.

7) Die wichtigste Veränderung bestand darin, daß das Institut der richterlichen Assistenzräthe nicht aufgenommen, sondern die „Justizkommissarien" an deren Stelle gesetzt wurden, so daß das früher beseitigte Institut der Advokatur, wenn auch nicht dem Namen, doch der Sache nach wieder hergestellt wurde.

8) Die Meinungen über diese Frage sind sehr getheilt. Nach Rönne: Ergänzungen Bd. III, S. 7 soll darauf gesehen werden, wo die sedes materiae ist.

Digitized by Google

§. 11. Umfang der Geltung des allgemeinen Landrechts.

Das Landrecht bezweckte nicht, wie dies durch andere neuere Kodifikationen insbesondere das französische und österreichische Gesetzbuch geschah,[1] ein schlechthin gleichförmiges Recht innerhalb seines Geltungsbereiches herzustellen. Vielmehr ließ es die Mannigfaltigkeit der Provinzialrechte fortbestehen, wozu noch die weitere Verschiedenheit kommt, daß in einigen Provinzen das Landrecht zu unverstümmelter Geltung kam, in anderen hingegen theilweise suspendirt ist.

1. Nicht Schätzung der provinziellen Besonderheiten an sich bestimmte den Gesetzgeber, denselben neben der allgemeinen Gesetzgebung das Dasein zu fristen.[2] Vielmehr wirkte der Druck politischer Nothwendigkeit, da die Provinzial- und Statutarrechte, eng mit lokalen Interessen verwachsen, durch diese eine stärkere Widerstandskraft erhielten, als die mehr abstrakte allgemeine Gesetzgebung entwickeln konnte. Allerdings sollte, nach der Absicht des landrechtlichen Gesetzgebers, der Zweck des sicheren und bestimmten Rechts durch die baldige Kodifikation auch der Provinzialrechte — längstens innerhalb zwei Jahren — erreicht werden, wobei man sich ans Landrecht anschließen und nur beibehalten wollte, was aus lokalen Bedürfnissen sich rechtfertige. Jedoch trat das Landrecht nur an die Stelle des römischen und anderer subsidiärer Rechte, insbesondere des gemeinen Sachsenrechts oder auch des Magdeburger Rechts, sowie der älteren allgemeinen Landesgesetze,[3] während es zu den lokalen Rechten der Regel nach[4] eine subsidiäre Stellung wie früher das gemeine Recht einnimmt.[5]

Koch Pr. R. Bd. I, §. 10 giebt dem L. R. den Vorzug, weil die Gerichtsordnung nur eine Umarbeitung des corpus juris Fridericianum sei, also die älteren Rechtsansichten ausspreche; anders stehe es aber mit den der Gerichtsordnung erst zugefügten im corpus juris Fridericianum nicht enthaltenen Bestimmungen. Beide Gesichtspunkte sind von Gewicht, nur sind sie nicht schlechthin und allein entscheidend.

1) Auch in Oesterreich hatte man die Absicht, neben dem a. b. G. B. den Statuten einzelner Provinzen und Landesbezirke Gesetzeskraft zu belassen, a. b. G. B. §. 11. Allein man ging hiervon ab, angeblich weil die privatrechtlichen provinziellen Bestimmungen keine wesentlichen für Beibehaltung geeignete Abweichungen darboten. Bei dem nach allgemeinerer Umwälzung eingeführten Code Napoléon kam die Beibehaltung der Statutarrechte gar nicht in Frage. Loi du 30 Ventose an XII (31. März 1804) art. 7.

2) Publikationspatent vom 5. Februar 1794 §§. I, III—VII.

3) Natürlich erfolgte die Aufhebung der älteren Bestimmungen nur hinsichtlich derjenigen Materien, welche das Landrecht behandelt. Daher denn insbesondere ältere auf das öffentliche Recht bezügliche Gesetze in Kraft blieben.

4) Es fragt sich hiernach, welche älteren Bestimmungen provinzialrechtlicher Natur sind? Bei der Entscheidung kann nicht auf ein materielles Kriterium, sondern nur auf die formelle Seite zurückgegangen werden. Provinzial- und Statutargesetze sind diejenigen Bestimmungen, welche für einzelne Landestheile als solche in Kraft gesetzt wurden. Daher sind Provinzialrecht auch römische und dem Sachsenrechte angehörige Sätze, insofern sie in der Form provinzieller Gesetze publicirt oder eingeschärft wurden. So auch O. Tr. Präjudiz Nr. 432. Entsch. Bd. 3 S. 292. Pl.-Beschl. vom 8. April 1839. Präj. 622.

5) Die Subsidiarität des Landrechts ist begreiflich nur die Regel. Wo die Intention des Landrechts auf Schaffen eines durchgreifenden allgemeingültigen Rechts-

Digitized by Google

Die in Aussicht gestellte Kodifikation und Revision der statutarischen Rechte hat sich nun zwar, bei der Schwierigkeit der Ausgleichung der lokalen Interessen, welche bei derselben betheiligt waren, nicht verwirklichen lassen. Nur für das ostpreußische Provinzialrecht gelangte sie auf Grundlage des längst redigirten preußischen Landrechts in den Jahren 1801 und 1802, für das westpreußische im Jahre 1844 zur Ausführung.[6] Gleichwohl ist die Bedeutung der Provinzialrechte eine stetig zurücktretende. Die Tendenz der Zeit nach einem einheitlichen Rechte für den ganzen Staat, ferner das natürliche Uebergewicht des geschriebenen allgemeinen Rechts gegenüber der auf provinziellen Quellen oder gar auf Gewohnheiten beruhenden Satzung, die Abneigung der Richter, welche sich in das kodificirte Recht hineingelebt hatten, gegen die ganz anders zu behandelnden älteren Statuten, endlich die seit Erlaß des Landrechts eingetretene Umgestaltung der bäuerlichen und gewerblichen Verhältnisse haben die Geltung der Provinzialrechte dem Landrechte gegenüber immer mehr beschränkt.[7]

2. Um den Widerstand zu überwinden, welcher der Inkraftsetzung des Gesetzbuchs im Jahre 1792 entgegentrat, mußte man nicht nur den Titel des Werkes und einige Bestimmungen opfern, sondern sich außerdem die Suspension der das Familienrecht und Intestaterbrecht betreffenden Neuerungen gefallen lassen.[8] Es wurden zu diesem Zwecke die drei ersten Titel des zweiten Theils des Landrechts in ihrer Geltung suspendirt. Diese Suspension erstreckt sich indessen nur auf Abweichungen des Landrechts vom bis-

---

zustandes gerichtet war, sind entgegenstehende provinzielle Bestimmungen außer Kraft gesetzt. Wann dies der Fall sei, ist eine Absichtsfrage. Insbesondere ist es anzunehmen, wenn es sich um ein aus Gründen öffentlicher Wohlfahrt und Ordnung erlassenes Verbotsgesetz handelt. Daß alle älteren provinziellen Bestimmungen, bei denen das öffentliche Recht betheiligt ist, aufgehoben seien, wie Koch, Pr. R. §. 3 behauptet, ist unrichtig. Der Grund Kochs ist, daß das Interesse des Staats und der öffentlichen Ordnung nicht nach den Provinzen und Ortschaften verschieden sei. Allein es können an sich diese Interessen allerdings je nach den verschiedenen Territorien in verschiedener Weise realisirt werden. So ist die Geltung des Schlesischen Edikts vom 3. Nov. 1765 wegen der gutsherrlichen Schulbaupflicht vom O. Trib. anerkannt Entsch. Bd. 68 S. 200, ebenso die Geltung älterer Provinzialverordnungen über Verschaffung der Vorfluth.

6) Das ostpreußische Provinzialgesetzbuch wurde publicirt 4. August 1801 und 6. März 1802. N. C. C. XI. S. 407. 871. Ueber die Verhandlungen mit den Ständen der verschiedenen Provinzen vgl. Krause in v. Kamptz's Jahrb. Bd. 18. S. 99 ff.

7) Insbesondre wurden die provinziellen Bestimmungen über die Minderjährigkeit durch K. O. vom 22. Novbr. 1808 aufgehoben, desgleichen die provinziellen Bestimmungen über Verjährungsfristen, die provinzialrechtliche Geschlechtsvormundschaft, ferner das provinzialrechtliche Institut über Verlautbarung beseitigt u. s. f. Für Schlesien wurden die Partikularrechte über die ehelichen Güterrechte, sowie über die Erbfolge durch Gesetz vom 11. Juli 1845 aufgehoben. Insbesondere aber waren in den unter der Fremdherrschaft abgetretenen sowie mehreren neu erworbenen Gebieten die Provinzialrechte im Wesentlichen aufgehoben und wurden — abgesehen vom Herzogthum Westphalen — bei der Wiedereinführung des L. R. nicht hergestellt.

8) Publikationspatent vom 5. Febr. 1794 Art. VII.

Digitized by Google

herigen gemeinen Rechte, insoweit aber das Landrecht ältere Kontroversen entscheidet, soll seine Meinung Gesetzeskraft haben. Die Suspension sollte bis zur Vollendung der Provinzialrechte dauern. Sie wurde aber für die meisten Theile der Monarchie zurückgenommen, in anderen bei der späteren Einführung des Landrechtes nicht erneuert. Dagegen besteht sie unter Anderm in der Mark Brandenburg fort, sowie in erweitertem Umfange im Herzogthume Westphalen.[9]

III. Entwicklung des preußischen Rechts nach Publikation des Landrechts.

§. 12. Allgemeines.

Wurzelt eine jede geistige Erscheinung mit Nothwendigkeit in dem Vorstellungskreise der eigenen Zeit und zieht aus deren Idealen ihre Nahrung, so vermag sie dauernde Wirksamkeit doch nur in dem Maße zu gewinnen, als sie das Allgemeingültige in jenen festzuhalten und das Momentane, hiermit aber auch rascher Vergänglichkeit Unterworfene, hinter sich zu lassen weiß. Beim Gesetzgeber aber muß sich mit dem in die Ferne hineinreichenden Blick geisteskräftige Entschlossenheit vereinigen, welche, um einen in die Zukunft hinein wirkenden Organismus zu begründen, nicht nur das Veraltete, sondern auch das Wankende und Alternde rücksichtslos niederwirft und so dauernden Gestaltungen Bahn bricht.

Das Landrecht hingegen, sich hierin der älteren Naturrechtsschule anschließend, erwartete unter Beibehaltung des wesentlichen materiellen Inhalts des Rechts die Verbesserung des Rechtszustandes hauptsächlich von formellen und technischen Neuerungen. Schon aber war zur Zeit seiner Publikation eine jüngere naturrechtliche Schule entstanden, welche von der Kritik der Form des Rechts zu der seines Inhalts fortgeschritten war, und nach dem Maßstabe subjektiver Vernünftigkeit ein neues Recht zu konstruiren suchte. Bereits hatte man in Frankreich diese philosophischen Ideen thatsächlich mittelst der Revolution zu verwirklichen gewußt, indem man die volle persönliche Freiheit des Einzelnen, die Gleichheit Aller vor dem Gesetze in raschem Entschlusse durchführte. Langsamer, aber unaufhaltsam wußten die gleichen Rechtsgedanken sich in Deutschland zur Geltung zu bringen. Demgemäß trat das Landrecht in Gegensatz zu dem einflußreichen Sprößlinge

9) Publikationspatent vom 21. Juni 1825 §. 2. Außerdem besteht die Suspension noch in der Neumark und in gewissen Theilen von Hinterpommern vergl. Rönne, Ergänzungen Bd. I, S. 15.

Digitized by Google

der naturrechtlichen Schule, dem Liberalismus, nach dessen Anforderungen wesentliche Bestimmungen des Landrechts allmählig umgestaltet wurden.

Gegenüber dem liberalen Bestreben, das Recht a priori zu konstruiren, bildete sich die historische Schule, welche der Einseitigkeit jener Richtung die Wage hielt. Aber dem Landrecht entstand hierdurch kein Bundesgenosse. Denn indem die historische Schule alles Gewicht auf die tieferen geschichtlichen Wurzeln des Staats und des Rechts legte, betrachtete sie das Recht als etwas nach innerlichen Trieben sich Gestaltendes, als etwas organisch Werdendes, das sich natürlicherweise nur durch Gewohnheiten und Juristenrecht hervorbilde, durch umfassende Kodifikation aber einen fast frevelhaften Eingriff zu erleiden schien. So stand auch diese Schule dem Landrechte abgeneigt gegenüber. Die historische Schule wendete sich vielmehr vor Allem dem gemeinen Rechte zu und erweckte dasselbe, welches vielfach als abgethan angesehen war, zu neuem wissenschaftlichen Leben; weniger glücklich war sie in der Pflege der statutarischen und Gewohnheitsrechte, deren Absterben durch ihre Vorliebe nicht gehindert wurde.

Da das Landrecht den beiden Richtungen, welche die Staats- und Rechtsideen im neunzehnten Jahrhunderte nach entgegenstehenden Seiten nahmen, nicht entsprach, war die Folge, daß es bald in der allgemeinen Werthschätzung in ungerechtfertigter Weise sank und sich auch wissenschaftlicher Pflege nur in geringerem Maße erfreute.[1]

§. 13. Fortsetzung.

Wie die neuere Entwicklung der deutschen Rechtswissenschaft, so waren auch die äußeren Schicksale der preußischen Monarchie der stetigen Fortbildung des Landrechts nicht günstig. Sie brachten es mit sich, daß das preußische Landrecht in Kurzem aufhörte allgemeines Recht für die Monarchie zu sein, hiermit aber auch seiner wesentlichsten politischen Bedeutung verlustig ging.

In dem ersten Decennium nach Vollendung des Landrechts freilich konnte das neue Werk ungestört Wurzel fassen. Die Anschauungen, auf welchen das Landrecht beruhte, waren bei den preußischen Staatsmännern noch durchaus die entscheidenden, die Territorialveränderungen des Staates dienten nur dazu, dem Landrecht ein größeres Herrschaftsgebiet zu sichern. Die in dieser Epoche getroffenen Neuerungen bestanden zum großen Theil in Erläuterung landrechtlicher Bestimmungen oder auch in Modifikation einzelner Vorschriften. Sie wurden 1803 als erster Anhang zum allgemeinen Landrecht

1) Einen erheblichen Einfluß erhielt jedoch das L. R. auf die Kodifikationsarbeiten andrer deutscher Landschaften, vor Allem auf das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar S. 17, dann auch mehr oder minder direkt auf Kodifikationen der deutschen Schweiz.

Digitized by Google

gesammelt und publicirt und es sind die betreffenden Bestimmungen an ihrem Orte in den Ausgaben des Landrechts seit 1803 eingeschaltet.[1] Ein zweiter Anhang dagegen erschien nicht. Die Gesetzgebung,[2] welche nach der Katastrophe von 1806 die persönliche Freiheit der Einzelnen, die freie Veräußerlichkeit des Grundeigenthums, die Gewerbefreiheit zu fundamentalen Principien des Privatrechts machte, ließ sich nicht in die Form eines bloßen Anhangs des Landrechts bringen.[3]

In Folge der Wiederherstellung und Erweiterung der Monarchie im Jahre 1815 schien dann allerdings äußerlich die Macht des Landrechts wieder im Wachsen, da dasselbe in Posen, im Herzogthume Sachsen und in Westphalen publicirt wurde.[4] Gleichwohl hatte es nicht die Kraft, sich die ganze Monarchie zu unterwerfen und sank seitdem zum besonderen Rechte eines wenn auch des größten Theils des preußischen Gesammtstaates herunter. Es war schon nicht ohne Wichtigkeit, daß das gemeine Recht in einzelnen kleineren Partikeln des Staates bestehen blieb. Von viel größerer staatlicher Bedeutung aber war die Erhaltung der französischen Gesetzgebung in der Rheinprovinz, einer Gesetzgebung, welche, indem sie die Tendenzen des Jahrhunderts rücksichtslos zur Durchführung gebracht hatte, trotz der fremden Form und mancher specifisch französischen Eigenthümlichkeit den Strebungen des modernen Geistes vielfach mehr entsprach, als das heimische Recht. Das staatliche Bedürfniß einer einheitlichen Gesetzgebung für die gesammte Monarchie drängte bei solchem Rechtszustand auf weitläufige Revisionsarbeiten,[5] welche nach einem 30jährigen Bemühen im Jahre 1848 — vom

---

1) Erster Anhang, worin die bisher ergangenen Abänderungen des Allgemeinen Landrechts verkürzt gesammelt sind, publicirt 11. April 1803. Berlin bei Nauck 1803. Soweit die Fassung des Anhangs abweicht von seiner Quelle, geht der Anhang als die neuere mit Gesetzeskraft versehene Bestimmung vor, jedoch ist begreiflich die Quelle des Anhangs zur Erläuterung desselben von Gewicht. Euler in v. Kamptz's Jahrb. Bd. 32. S. 48. Die Materialien und Vorarbeiten des Anhangs theilt mit Löwenberg, Beiträge in Band 2.

2) Quellen: Gesetzsammlung für die preußischen Staaten von 1811 ab mit dem 1822 zu Berlin erschienenen Anhang: Sammlung der Gesetze vom Jahre 1806 bis 25. Oktober 1810 (auch als letzter Band des N. C. C. M.).

3) Nur für die Gerichtsordnung, welche längere Zeit mehr stationär blieb, konnte man im Jahre 1815 die inzwischen getroffenen Neuerungen in Gestalt eines Anhangs einschieben. Eine Privatarbeit ist v. Goßler's Entwurf eines zweiten Anhangs zum A. Landrechte 1816.

4) Für Posen durch Patent vom 9. November 1816 vom 1. März 1817 an, für die neu erworbenen sächsischen Gebietstheile durch Patent vom 15. Novbr. 1816 gleichfalls vom 1. März 1817 an, für Westphalen durch Patent vom 21. Juni 1825 vom 1. Decbr. 1825 an. Für andere Distrikte siehe Gesetzsamml. von 1814 ff.

5) Von 1817—1819, dann wieder von 1832 ab bestanden besondere Ministerien für Gesetzesrevision. Die in einzelne — sechszehn — „Pensa" vertheilten, zwar nicht in den Buchhandel gekommenen, aber gedruckten Arbeiten der Referenten der sog. Revisoren sind wichtig als erster vielfach gelungener Versuch einer kritischen Bearbeitung des Landrechts. Vgl. auch Aktenm. Darst. der Gesetzesrev. v. Kamptz Bd. 60, S. 1—308.

Digitized by Google

Proceß abgesehen[6] — fast resultatlos endeten. Die Fruchtlosigkeit dieser Anstrengungen lag darin begründet, daß weder die Rheinlande das rasch assimilirte fremde Recht, noch die rechtsrheinischen Provinzen die Grundprincipien ihrer Gesetzgebung aufgeben wollten, so daß die Vereinigung unter einem neuen Dritten nicht zu erzielen war.

Einen beschleunigteren Gang nahm die Gesetzgebung nach dem Uebergang Preußens zum Verfassungsstaat. Der in jener Epoche eintretende Aufschwung von Verkehr und Industrie forderte neue Rechtsordnungen, das wachsende Uebergewicht des Liberalismus drängte zur Annäherung an französisch-rheinische Institutionen, die sich geltend machende deutschnationale Idee führte zu allgemein deutscher generalisirender Gesetzgebung. Der Einführung der Verfassung folgten demnach auf dem Fuße die Neuorganisation der Gerichte, die Reformation des Strafverfahrens und bald auch des Strafgesetzbuchs nach französischem Vorbild, später vermittelte eine neue Konkursordnung französisches und heimisches Konkursrecht. Die Ablösung der Reallasten und die Entlastung des Grundbesitzes wurde Gegenstand tiefgreifender gesetzlicher Maßnahmen; die deutsche Wechselordnung, dann das deutsche Handelsgesetzbuch aus der Initiative Preußens hervorgegangen, aber vielfach mit den Grundgedanken des Landrechts im Widerspruch, gab den Bestrebungen des Kaufmannsstandes in vollkommenster Weise nach; die Bergindustrie wurde nach einer vermittelnden Zwischengesetzgebung endgültig durch das allgemeine Berggesetz für die preußischen Staaten von der frühern staatlichen Bevormundung befreit. Weitere Umbildungen schließen sich an die Ereignisse des Jahres 1866, welche einerseits ausgedehnte und einflußreiche Provinzen mit Preußen vereinigten, in denen überwiegend preußisches Recht nicht galt, andrerseits die deutschen Länder diesseits des Mains mit Preußen zu dem norddeutschen Bund vereinigten, welcher sich bald zum deutschen Reich erweiterte. Um für die preußische Monarchie einheitliche Normen zu gewinnen, wurde das Grundbuchrecht umgestaltet und eine neue Vormundschaftsordnung in der gesammten Monarchie in Kraft gesetzt. Die Bundes- und Reichsgesetzgebung trat sofort in lebhafteste Thätigkeit. Sie ersetzte die preußische Gewerbeordnung durch eine deutsche, ferner das preußische Strafgesetzbuch durch ein deutsches, sie regelte die Urheberrechte aufs neue und gestaltete ein preußisches Gesetz, welches die Civilehe brachte, zum Reichsgesetz um; die Wechselordnung weiter und das Handelsgesetzbuch wurden zu Reichsgesetzen erhoben, gleichzeitig das Reichsoberhandelsgericht geschaffen.

6) Der Prozeß erhielt eine neue Gestalt nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime und mit theilweiser Mündlichkeit durch die Verordnung über den Mandats- und summarischen Prozeß vom 1. Juni 1833 u. durch Verordn. vom 21. Juli 1846.

Digitized by Google

Von hoher Wichtigkeit auch für das Civilrecht ist die Proceßgesetzgebung des Reichs, bestehend aus einem Gerichtsverfassungsgesetz, einer Civil- und Strafproceßordnung, endlich einer Konkursordnung. Die letztere ist überwiegend aus dem preußischen Recht erwachsen, die Gerichtsverfassung und die Civilproceßordnung treten vielfach in grundsätzlichen Gegensatz gegen das Bestehende und stellen dem preußischen Staate schwer zu lösende Aufgaben. Ein Reichsgericht in Leipzig wird die oberste Instanz in Civil- und Kriminalsachen auch für Preußen bilden. Die neue Organisation und das Reichsproceßrecht sollen mit dem 1. Oktober 1879 in Kraft treten.[7]

§. 14. Litteratur des preußischen Rechts.

Nicht dem preußischen, sondern ausschließlich dem gemeinen Rechte haben sich die bedeutenden der historischen Schule zugehörigen Rechtslehrer zugewendet, welche im Laufe des 19. Jahrhunderts an den juristischen Fakultäten preußischer Hochschulen wirkten. Dieselben haben durch ihre Forschungen, welche eine neue Epoche der deutschen Rechtswissenschaft begründeten, für die Aufhellung der Grundlagen auch des preußischen Rechts Großes geleistet, unmittelbar sind ihre Arbeiten dem Landesrechte nicht zu Gute gekommen.

Die Bearbeitung des preußischen Landrechts fiel in Folge dessen hauptsächlich den Praktikern anheim. Daher die eigenthümlichen Vorzüge und Schwächen der Litteratur des preußischen Rechts. Ein großer Theil dieser Arbeiten begnügt sich mit dem, was unmittelbares Bedürfniß der Praxis ist, der Sammlung des legislatorischen Materials. Einen nicht minder wichtigen Theil der Litteratur bildet die Mittheilung von Rechtsfällen und Entscheidungen, insbesondere des höchsten Gerichtshofes, durch welche sich das preußische Recht hauptsächlich fortgebildet hat. Zahlreiche Aufsätze knüpfen an

7) Gesetze Friedrich Wilhelms IV. sind die Verordnung vom 2. Januar 1849 über Aufhebung der Privatgerichtsbarkeit und die anderweite Organisation der Gerichtsbehörden, zu welcher das Gesetz vom 26. April 1851 gehört, die V. vom 3. Januar 1849 betr. Einführung der Geschwornengerichte, ferner die Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 anstatt der oktroyirten vom 5. Decbr. 1848; die am 15. Februar 1850 eingeführte deutsche Wechselordnung, das Gesetz über die Ablösung der Reallasten und die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse vom 2. März 1850, das Strafgesetzbuch vom 14. April 1851, die Konkursordnung vom 8. Mai 1855. Der Regierung König Wilhelms I. gehören an: das Gesetz über Einführung des deutschen Handelsgesetzbuchs vom 24. Juni 1861, das Berggesetz vom 24. Juni 1865, die norddeutsche Bundesverfassung vom 24. Juni 1867, welche durch Reichsgesetz vom 16. April 1871 zur Reichsverfassung umgestaltet wurde; die Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869, das Reichsstrafgesetzbuch vom 31. Mai 1870, das Gesetz vom 5. Mai 1872 über den Eigenthumserwerb und die Belastung der Grundstücke und die Grundbuchordnung mit demselben Datum, die preußische Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875, das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und über die Eheschließung, endlich die Reichsjustizgesetze vom Jahre 1877.

Digitized by Google

diese Entscheidungen die Bemerkungen an, welche der konkrete Fall hervorrief. In umfassenderer Weise faßten vor Allen zwei Schriftsteller ihre Aufgabe. Es war dies einmal Bornemann in seiner systematischen Darstellung des preußischen Civilrechts. Nicht bloß die mühevolle Benutzung der Vorarbeiten des Landrechts, der sogenannten Materialien, verleiht dem Buche Bornemanns dauernde Bedeutung. Klarheit der Auffassung und der Darstellung, sowie Vollständigkeit geben den Ausführungen des Verfassers einen selbständigen Werth. Wie kein Anderer aber hat Koch die preußische Rechtswissenschaft gefördert. Mag das Urtheil dieses Schriftstellers nicht selten einseitig, der Werth seiner Schriften ein ungleichmäßiger sein, so sichert ihm gleichwohl sein eminenter praktischer Scharfsinn, seine unermüdliche vielseitige Thätigkeit, die vielfache Benutzung der älteren gemeinrechtlichen Schriftsteller einen hervorragenden Platz in der Litteratur des preußischen Rechts. Die neuere gemeinrechtliche Litteratur hat neuerdings dann Förster in seinem preußischen Privatrecht zur Erläuterung des Landrechts herbeigezogen und hierdurch Erhebliches geleistet.[1]

---

1) Im Einzelnen heben wir hervor:

1. Werke zur Kenntniß des vorlandrechtlichen Rechtszustandes: Muller, practica civilis Marchica Berolini 1678; Behmer, novum jus controversum II vol. Lemno 1771. Hymmen, Beiträge zur juristischen Literatur in den preußischen Staaten. 8 Bde und Repertorium, Berlin 1775—90.

2. Kommentare zum Landrecht. In älterer Manier: Merkel, Kommentar 2 Thle 2. Aufl. Breslau u. Leipzig 1812. Bielitz, Kommentar 8 Bde u. 2 Hfte Nachtrag. Erfurt 1823—32 (1 Bd. in 2. Aufl. 1835). Der wichtigste Kommentar ist von C. F. Koch, Berlin, 4 Thle, siebente Ausgabe 1878. Eine Art von Kommentar bilden auch die Ergänzungen und Erläuterungen der Preußischen Rechtsbücher 6. Ausgabe, Berlin 1873, bearbeitet von Dr. Ludwig v. Rönne (Bd. 1 u. 2 Landrecht, Bd. 3 u. 4 andere Quellen), die reichste Zusammenstellung von Material enthaltend.

3. Systematische Darstellungen umfänglicher oder kürzerer Art sind: Klein, System des preußischen Civilrechts, Halle 1801. 2. Aufl. v. Rönne 1836. Temme, Lehrbuch des preußischen Civilrechts 2. Aufl. Leipzig 1846. Bornemann, systematische Darstellung des preußischen Civilrechts 6 Bde. Berlin 1834—1839. 2. Aufl. 1842—1845. Laspeyres, System des preußischen Privatrechts im Grundrisse. Halle 1843. C. F. Koch, Lehrbuch des preußischen Privatrechts 3. Aufl. 1857. Heydemann, System des preußischen Civilrechts im Grundrisse. Berlin 1851. Heydemann, Einleitung in das System des preußischen Civilrechts 1. Bd. 2. Bd. 1. Lief. Leipzig 1859 und 1868. Förster, Theorie und Praxis des preußischen Privatrechts. 4 Bde 1. Aufl. 1865 ff. 3. Aufl. 1873 ff.

4. Zeitschriften: Klein, Annalen der Gesetzgebung 26 Bde. Berlin 1788 bis 1809. Amelang und Gründler, Archiv des preußischen Rechts 3 Bde. Berlin 1799 bis 1800, und Amelang, neues Archiv 4 Bde. 1800—1806. Siewert, Materialien zur wissenschaftlichen Erklärung der neuesten preußischen Landesgesetze 8 Bde. Halle 1800—1807. Mathis, juristische Monatsschrift 11 Bde. Berlin 1805—1811. v. Kamptz, Jahrbücher für die preuß. Gesetzgebung. Berlin 1814—1845, 65 Bde. Gans, Beiträge zur Revision Bd. 1. Berlin 1830—1832. Simon u. v. Strampff, Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des preußischen Rechts 3 Bde. Berlin und Stettin 1828—1836. Neues Archiv für preußisches Recht sowie für deutsches Privatrecht von Ulrich, Sommer u. A. 16 Bde. Arnsberg 1834—1854. Juristische Wochenschrift 1835—1848 von F. S. A. Hinschius u. A. Ferner C. F. Koch, schles.

Digitized by Google

Erstes Buch.

Allgemeine Lehren.

Erster Abschnitt.

Die Lehre von den Rechtsquellen.

§. 15. Allgemeines.

Nach der heutzutage in der Wissenschaft herrschenden Auffassung wird die Quelle alles Rechtes in der Ueberzeugung des Volks gefunden, welche sich unmittelbar in der Gewohnheit, mittelbar im Gesetz spiegele und bethätige. Doch diese idealistische Auffassung entspricht der Wirklichkeit nicht. Denn nicht zu ignoriren ist die Thatsache, daß nicht selten, sei es in Folge äußerer Unterwerfung oder fatalistischer Ergebung, ein Recht bei einem Volke regiert, dessen Inhalt seinen Ueberzeugungen völlig fremd ist. Es gründet sich das positive Recht eines Volks keineswegs in bloßer Ueberzeugung der Nation, sondern im Willen des Staates und in dessen Verwirklichung durch die Staatsorgane.

Dennoch war es einseitig, wie man dies im vorigen Jahrhundert that, das Gesetz als die einzig normale Rechtsquelle zu erachten und die verbindende Kraft der Gewohnheit auf eine ausdrückliche oder stillschweigende Sanktion des Gesetzes zurückzuführen. Dem widerstreitet, daß die abstrakte Formulirung des Rechtsgedankens im Gesetze weit jüngeren Datums ist, als die Bethätigung der Rechtsordnung im Gerichte und daß das Gesetzesrecht kaum jemals das in Uebung stehende Recht völlig deckt. Das positive Recht ist vielmehr die durch die Organe des Staates, insbesondere dessen Gerichte

---

Archiv für die praktische Rechtswissenschaft 6 Bde. Breslau 1837—1847. J. A. Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts 1857 u. f. f. fortgesetzt von Rasow und Küntzel, bis jetzt 22 Bde. Hinschius, Franz und Paul, preußische Anwaltszeitung. Berlin 1862—1867. Dieselben, Fortsetzung von Behrend, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege. Berlin 1867. 8 Bde.

5. Abhandlungen: G. Lenz, Studien und Kritiken im Gebiete des preuß., röm. und deutschen Rechts. Greifswald 1847. Bornemann, Erörterungen 1. Hft. Berlin 1855. Baron, Abhandlungen aus dem preußischen Recht. Berlin 1860. Schering, Archiv für Abhandlungen, 2 Bde. Berlin 1861 ff.

6. Rechtsfälle: Simon u. v. Strampff, Rechtssprüche der preußischen Gerichtshöfe 4 Bde. Berlin 1828—1836. Entscheidungen des königl. Obertribunals in amtlichem Auftrage. Berlin 1837 u. f. f., bis jetzt 80 Bde. Rechtsfälle aus der Praxis des königlichen Obertribunals 1847 ff., 4 Bde. Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des Obertribunals von Striethorst. Berlin 1851 u. f. f., bis jetzt 97 Bände. Die Präjudicien des Obertribunals seit 1832—1848 sind von Seligo u. A. Berlin 1849 herausgegeben, es schließen sich zwei Fortsetzungen an. Auch für das specifisch preußische Recht wichtig sind endlich die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Erlangen 1871 ff., bis jetzt 22 Bände.

Digitized by Google

verwirklichte Ordnung. Welche Faktoren aber solchergestalt im Gerichte geschützte Normen erzeugen können, dies ist nicht abstrakt und philosophisch, sondern nur an der Hand der Geschichte zu bestimmen. Denn was sich in dem einen historischen Momente aus innern oder äußern Gründen staatliche Erzwingbarkeit verschafft, wird häufig dieser Macht in einem andern Momente entbehren.

So erklärt sich, wie ein heiliges oder profanes Buch, z. B. der Sachsenspiegel, das corpus juris, wie ferner Aussprüche Einzelner, z. B. bei den Römern der juris consulti, oder auch von Korporationen, z. B. des römischen Senats, zur Rechtsquelle wurden, indem ihrer Autorität Gerichte und andere Organe des Staates verbindende Kraft beimaßen. So läßt sich begreifen, wie die Stellung des Gewohnheitsrechtes im Laufe der Zeiten wechselte.[1] In den Anfängen der Kultur beruht das Recht auf Herkommen, dessen naturwüchsiger Ordnung sich die bürgerliche Gesellschaft instinktgemäß unterwirft, da in jenen Epochen durch Festhalten am Herkommen allein die Möglichkeit eines festen Rechtszustandes gegeben ist. Gewinnt der Staat in Folge des allgemeinen geistigen Fortschrittes die Fähigkeit, in höherem Maße mit Freiheit die Rechtsverhältnisse durch abstrakte Normen zu bestimmen, nimmt die Entwicklung der Ideen und der wirthschaftlichen Verhältnisse einen rascheren Gang, so schwächt sich naturgemäß das Ansehen des Herkommens immer mehr, bis es zuletzt leicht die selbständige Autorität verliert. Auf diesem Standpunkte stehen nun die großen Kodifikationen der Neuzeit, insbesondere auch das Landrecht, welche die Gewohnheit als regelmäßige Rechtsquelle beseitigen.[2] Hierbei war einmal bestimmend der scheinbare Schluß, daß, da vom Staate allein der Schutz des Rechtes erwartet werde, von ihm auch die Voraussetzungen dieses Schutzes unmittelbar festzustellen seien. Nicht weniger ins Gewicht aber fielen Zweckmäßigkeitsgründe. So lange die Rechtsprechung in den Händen von Volksgerichten sich findet, wohnt dem Gerichte die Kenntniß des Gewohnheitsrechtes unmittelbar inne, da es in der Uebung der Volksgenossen lebt. In solcher Zeit ist das Gewohnheitsrecht eine ungetrübt fließende, allen geläufige Rechtsquelle. Wenn aber, wie dies seit drei Jahrhunderten in Deutschland der Fall ist, die Verwaltung des Rechts in die Hand gelehrter Richter gelegt wird, welche von der gewohnheitsrechtlichen Uebung häufig unmittelbar nichts wissen, nicht selten vom Sitze des lokalen Gewohnheitsrechtes weit entfernt wohnen, dann bedarf es

---

1) Die historische Schule hat das Gewohnheitsrecht weit tiefer erfaßt und begründet als dies früher geschah, siehe namentlich Puchta, Pand. §. 11 und Vorlesungen hierzu; Savigny, System Bd. I an verschiedenen Orten. Sie hat aber verkannt, daß die rechtliche Kraft der Gewohnheit eine historisch bedingte ist. Vergl. auch Beseler, Volksrecht und Juristenrecht.

2) L. R. Einl. §. 3 ff. Vergl. Oesterr. b. G. B. §. 10.

Digitized by Google

vielfach weitläufiger, schwieriger, kostspieliger Beweisaufnahme über die Existenz, den Inhalt und die Begrenzung des Gewohnheitsrechts.[3] Daher glaubten die neueren Gesetzgebungen auch aus diesem Grunde, indem sie sich ein sicheres Recht sowie ein rasches Verfahren zum Ziele setzten, dem Gewohnheitsrechte entgegentreten zu müssen.

Wie man auch über die Zweckmäßigkeit dieses Schrittes denken mag, jedenfalls wäre es einseitig, nur in dem Gewohnheitsrechte etwas sich aus dem Volksgeiste Entwickelndes, natürlich Werdendes, in dem Gesetzesrechte dagegen etwas dem Volke an sich Fremdes und Künstliches zu erblicken. Verfährt die Staatsgewalt bei der Gesetzgebung immerhin mit bewußter Selbstbestimmung, so ist diese doch nicht Willkür, da, beim Bestehen gesunder Zustände, die Gesetze in den jeweilig herrschenden allgemeinen Ansichten, wie in den Bedürfnissen und Gewohnheiten der bürgerlichen Gesellschaft wurzeln. Daher sind auch in der Gesetzgebung Freiheit und Naturbestimmung eng verbunden, diese im Wesentlichen den Stoff, jene die Form gebend.

§. 16. Gesetz.

Erst das moderne Staatsrecht schreibt das Recht der Gesetzgebung ausschließlich der höchsten Gewalt im Staate zu, dem mittelalterlichen Rechte hingegen war es gerade umgekehrt charakteristisch, daß die einzelnen Kreise und Theile, aus denen sich das Staatsganze bildete, ihr Recht sich selbst setzten. Aber schon dem Landrechte ist die Gesetzgebung ein Majestätsrecht, das nur dem Könige zusteht,[1] in dessen Hand sich der Staats zu einem einheitlich gegliederten Organismus gestaltet hatte. In Folge dessen verwirft das Landrecht die Autonomie von Einzelnen und Korporationen innerhalb des Staats, nur die höchste gesetzgebende Gewalt kann deren Satzungen rechtsverbindliche Kraft geben.[2]

Seit Erlaß der Verfassung besitzt der König das Recht der Gesetzgebung nur in Verbindung mit der Landesvertretung, also mit den beiden Häusern

---

3) Vgl. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen II, S. 117 ff. über den Antagonismus gegen das Gewohnheitsrecht seit Reception des römischen Rechts.

1) L. R. II, 13 §. 6. Die Benennungen der vom Könige erlassenen Gesetze waren verschieden: Patent, Gesetz, Verordnung, Instruktion, Kabinetsordre. Letzterer Name war üblich für bloß vom Könige vollzogene und an eine Staatsbehörde, insbesondere auch an die Minister gerichtete Verfügungen.

2) Einl. des L. R. §. 2. Die sogenannte Autonomie, wie sie die rheinischen und westphälischen ritterschaftlichen Geschlechter in Hinsicht ihrer Dispositionen über ihren Nachlaß nach der Kabinetsordre vom 16. Januar 1836 und 21. Januar 1837 haben, ist nichts anderes als ein gesetzliches Privilegium, welches die Testirfreiheit gewisser Familien erweiterte. Die so gewährleisteten Verfügungen sind Rechtsgeschäfte, nicht Gesetze. Die Autonomie der ehemals reichsunmittelbaren Häuser hingegen besteht in gewissem Umfange als Rest ihrer ehemaligen Souveränetät auf Grund der deutschen Bundesakte Art. 14 und der sich anschließenden preußischen Gesetze bei uns fort. Anders freilich Gerber, Archiv f. civ. Pr. Bd. 37 S. 35 ff.

Digitized by Google

des Landtags der Monarchie.[3] Dagegen steht dem Könige, vermöge seiner höchsten vollziehenden Gewalt, der Erlaß bloßer Ausführungsverordnungen ausschließlich zu.[4] Es sind dies Normen, welche nur die Bestimmung haben, die im Gesetze niedergelegten Vorschriften praktisch durchzuführen. Hinsichtlich der vor Erlaß der Verfassung erlassenen königlichen Anordnungen ist nunmehr zu unterscheiden zwischen solchen, die den Charakter von Gesetzen an sich tragen und solchen, die nur Ausführungsverordnungen waren, eine Unterscheidung, die seiner Zeit bei deren Erlaß nicht gemacht wurde, weil sie damals keine praktische Bedeutung hatte. Erstere können als Gesetze nur im Wege der Gesetzgebung,[5] letztere auf dem der Verordnung aufgehoben werden. Welchen Charakter aber solche ältere königliche Bestimmungen haben, richtet sich nicht nach ihrem Namen und der Art ihrer Publikation, sondern nach ihrem Inhalte. Außer den eigentlichen Gesetzen sind auch noch nach der Verfassung königliche Verordnungen mit Gesetzeskraft möglich. Der König ist nämlich berechtigt, solche unter Beobachtung gewisser Formen ohne ständische Zustimmung in Nothfällen, wenn der Landtag nicht versammelt ist, zu erlassen, insofern dieselben der Verfassung nicht zuwiderlaufen.[6] Jedoch müssen diese Verordnungen dem Landtage sofort bei dessen Zusammentritt zur Genehmigung vorgelegt werden. Um deswillen haben dieselben nicht etwa eine bloß bedingte Kraft, so daß sie im Falle der Versagung der Genehmigung rückwärts hin zusammenfielen. Denn eine bloß bedingt wirkende Gesetzesnorm ist mit dem Wesen des Gesetzes als bindender Vorschrift nicht vereinbar und die Einführung einer solchen lag nicht in der Absicht der Verfassung. Eine solche Verordnung ist aber auch nicht, wie man annehmen möchte, etwa in ihrer Geltung an und für sich zeitlich begrenzt. Vielmehr erstreckt sich deren Wirkung, ohne Rücksicht darauf, daß ihre Veranlassung in einem augenblicklichen Nothstande lag, in die Zukunft, falls die Genehmigung durch den Landtag erfolgt,[7] es sei denn, daß die Verordnung von vorn herein ihren Bestimmungen nur für eine vorübergehende Zeit Kraft gab.[8] Fraglich kann nur erscheinen, ob eine solche

3) Zunächst nach der oktroyirten Verfassungsurkunde vom 5. December 1848, dann auf Grund des Art. 62 der vereinbarten Verf.-Urk. vom 31. Januar 1850.

4) Verf.-Urk. Art. 45.

5) Verf.-Urk. Art. 109. Vergl. auch Wächter II, S. 31.

6) Art. 63 der Verf.-Urk.

7) Sie kann daher auch nicht als provisorisches Gesetz bezeichnet werden. So geschah die Aufhebung der sog. Wuchergesetze für chirographische Darlehen zunächst durch eine vor Ausbruch des Krieges am 12. Mai 1866 erlassene Verordnung mit Gesetzeskraft. Da derselben die verfassungsmäßige Zustimmung der beiden Häuser des Landtags ertheilt wurde, so waren hiermit die Beschränkungen der Höhe des Zinsfußes bei solchen Darlehen für die Dauer beseitigt.

8) Die Wiederaufhebung hat die Wirkung und den Zweck, daß die früher bestehenden Gesetze wieder hergestellt werden, nicht daß nun ein Vakuum eintritt.

Digitized by Google

Verordnung unmittelbar mit der Versagung der Genehmigung eines der Häuser des Landtags außer Kraft tritt, oder ob sie erst mit der Publikation dieser Thatsache durch die Krone ihre Geltung verliert. Das Letztere ist das Richtige,[9] da der Richter von der Versagung der Genehmigung durch den Landtag officielle Kenntniß nicht erhält und einmal publicirte Normen der Regel nach wieder durch besondere Publikation außer Kraft gesetzt werden müssen; daher bedarf es auch umgekehrt der Publikation der Genehmigung der Verordnung durch den Landtag nicht, weil die Verordnung bis zur Publikation ihrer Aufhebung fortwirkt.[10] Wie groß aber auch die materielle Kraft der Verordnungen mit Gesetzeskraft ist, formell sind nach dem Sprachgebrauch der Verfassung, der konstitutionellen Uebung entsprechend, Gesetze nur die mit der Landesvertretung vereinbarten Dispositionen. Wo daher die Verfassung die Regelung eines Gegenstandes „einem Gesetze" ausdrücklich vorbehalten hat, ist der Regel nach der Erlaß einer Verordnung mit Gesetzeskraft ausgeschlossen.[11]

In beschränktem Maße findet sich eine Delegation der gesetzgebenden Gewalt an Verwaltungsbehörden, indem diese unter Androhung einer Geldstrafe allgemein verbindliche, auch in die Privatrechtsverhältnisse eingreifende Vorschriften erlassen können, insofern diese Bestimmungen nicht mit den Gesetzen oder den Anordnungen höherer Behörden im Widerspruche stehen.[12]

Seit Errichtung des norddeutschen Bundes und der Stiftung des deutschen Reichs übt der Bund, jetzt das Reich, wie in den andern Bundesstaaten so in Preußen das Recht der Gesetzgebung nach Maßgabe des

---

9) Es versteht sich, daß die Staatsregierung verfassungsmäßig verpflichtet ist, sofort nach ausgesprochenem Dissens eines der Häuser des Landtags die Nichtgenehmigung der Verordnung auszusprechen. Thut die Regierung dies nicht, so verletzt sie die Verfassung und ist wegen Verfassungsverletzung verantwortlich.

10) Jedoch pflegt eine derartige Bekanntmachung Seitens des Staatsministeriums zu erfolgen.

11) Gegen diesen Grundsatz verstieß die Preßverordnung vom 1. Juni 1863.

12) Die grundlegenden Bestimmungen über diese Delegation enthält das Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 §. 5—16; die Gegenstände, über welche Vorschriften erlassen werden können, regelt §. 6; das Gesetz giebt das Recht zur Erlassung von Polizeiverordnungen der Ortspolizeibehörde und der Bezirksregierungen; die Strafe ist höchstens 30 Mark. Die späteren Organisationsgesetze haben im Geltungsbereich der Kreisordnung vom 13. December 1872 wesentliche Veränderungen getroffen. Durch dieselben ist das Polizeistrafverordnungsgesetz auf alle polizeilichen Instanzen ausgedehnt, aber an die Zustimmung der Kollegien der Selbstverwaltung gebunden worden. Dasselbe haben nach der Kreisordnung § 62 Amtsvorsteher, nach § 78 der Landrath, nach der Provinzialordnung vom 29. Juni 1875 §. 76 der Oberpräsident, nach §. 79 der Regierungspräsident in eiligen Fällen. Vgl. übrigens noch Kompetenzgesetz §. 115. Auch die Ministerien haben nach der Provinzialordnung §. 85 unter bestimmten Voraussetzungen dies Verordnungsrecht. Nach dem Berggesetz vom 24. Juni 1865 §. 196 ff. §. 208 steht auch den Oberbergämtern ein Recht zu Polizeiverordnungen über die ihrer polizeilichen Aufsicht unterworfenen Angelegenheiten zu.

Digitized by Google

Inhalts der Reichsverfassung mit der Wirkung aus, daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorangehen.[13] Die Reichsgesetzgebung wird gemeinsam durch den Bundesrath und Reichstag ausgeübt, die Uebereinstimmung der Mehrheitsbeschlüsse beider Versammlungen ist ausreichend.[14] Sie erhalten jedoch nur Verbindungskraft durch die Ausfertigung und Verkündigung im Reichsgesetzblatt, welche dem Kaiser zusteht.[15] Der gemeinsamen Gesetzgebung unterliegt unter Anderm das gesammte bürgerliche Recht und das gerichtliche Verfahren.[16]

Der Bundesrath ist befugt, zur Ausführung der Gesetze allgemeine Verwaltungsvorschriften und Einrichtungen zu beschließen, ein weitergehendes Verordnungsrecht kann dem Bundesrathe oder auch dem Kaiser oder Behörden durch die Specialgesetze eingeräumt werden.[17]

§. 17. Authentische Interpretation. Erklärende Justizministerialreskripte.

Die spätere römische Kaiserzeit erachtete die kaiserliche Gewalt, von welcher das Gesetz ausging, auch vorzugsweise zur Interpretation der Gesetze als geeignet. Eine solche — authentische — Interpretation band den Richter als Ausspruch der überlegensten Rechtseinsicht wie als Willensmeinung der höchsten Macht im Staate, und zwar auch in der Anwendung des interpretirten Gesetzes auf ältere Fälle.[1]

Unser Staatsrecht hat vom römischen Rechte die Mitgift der authentischen Interpretation als einer besonderen Weise der Gesetzgebung überkommen. Jedoch hat das Institut bei uns einen andern Charakter als in Rom gewonnen. Bei uns nämlich ist der Glaube an die überwiegende Befähigung der gesetzgebenden Gewalt zur Auslegung der Gesetze geschwunden.

---

13) Reichsverfassung vom 16. April 1871 Art. 2. Landesgesetze dürfen daher älteren Reichsgesetzen nicht widersprechen. Mohl deutsches Staatsrecht S. 158 ff. Sofern dies dennoch angeblich geschähe, könnte das Reich nach Beschluß des Bundesraths einschreiten und die Beseitigung fordern. Reichsverfassung Art. 19. Auch würde das Reichsgericht derartige Landesgesetze nicht anerkennen. Dagegen bliebe der preußische Richter an das Landesgesetz an sich gebunden. Anders Laband, Staatsrecht Bd. 2. S. 119.

14) Reichsverfassung Art. 5 Abs. 1.

15) Reichsverfassung Art. 2. Art. 17.

16) Reichsverfassung Art. 4 n. 13. Der Zuständigkeit des Bundes beziehungsweise Reichs unterlag ursprünglich vom bürgerlichen Recht vorzugsweise nur Obligationenrecht, Handelsrecht und Wechselrecht. Die n. 13 des Art. 4 erhielt ihre gegenwärtige Fassung durch Gesetz vom 20. December 1873 betr. die Abänderung der n. 13 des Art. 4 der Verfassung des deutschen Reichs. Nur die gemeinsame Gesetzgebung gehört hiernach zur Zuständigkeit des Reichs, nicht aber die Fortbildung eines einzelnen Partikularrechtes. Laband, Staatsrecht Bd. 2 S. 98.

17) Reichsverfassung Art. 7 Abs. 2. Laband a. a. O. Bd. II. S. 67 ff.

1) l. 12. C. de legibus 1, 14 vgl. oben §. 9.

Digitized by Google

Nicht die äußere Autorität, sondern Gründe, die der Gesetzgeber nicht anführt und nicht anführen soll, bestimmen unsere Meinung über den Sinn eines Gesetzes. Bei uns handelt es sich daher im Falle des Erlasses einer authentischen Interpretation nicht mehr um Belehrung, die in Rom in erster Linie stand, sondern nur um die praktische Wirkung, welche dort mehr folgeweise eintrat, also um die eigenthümlich normirte rückwirkende Kraft des als authentische Interpretation erlassenen neuen Gesetzes. Dasselbe bezweckt nämlich, den Richter zu nöthigen, das ältere Gesetz so zu behandeln, als wenn der vom Gesetzgeber in dasselbe später hineingetragene Sinn von jeher in demselben gelegen hätte.[2] Daher muß die authentische Interpretation sonder Zweifel alle Voraussetzungen eines neuen Gesetzes an sich tragen, sowohl in Bezug auf landständische Zustimmung, als auf die Formen der Veröffentlichung. Die authentische Interpretation eines dem bürgerlichen Recht angehörenden Landesgesetzes ist nur durch Landesgesetz, die authentische Interpretation eines Reichsgesetzes nur durch Reichsgesetz zulässig. Die Hülle der Interpretation erscheint uns jedoch nicht als etwas Angemessenes, da der Gesetzgeber der modernen Ansicht nach zu befehlen, nicht zu belehren hat. Da ihm die Macht zusteht, seinen Bestimmungen rückwirkende Kraft zu geben, so thut er dies besser im Fall der Nothwendigkeit rückhaltslos, als daß er als Ausleger eine Autorität beansprucht, welche in der öffentlichen Meinung keine Stütze mehr findet.

In den ersten Jahren nach Erlaß des Landrechts schrieb man geradezu sogar den Reskripten des Justizministers die Kraft einer authentischen Interpretation der Gesetze zu.[3] Schon durch die Kabinetsordre vom 6. September 1815 wurde aber bestimmt, daß die Gerichte in ihren Entscheidungen durch Urtel und Recht nicht an die Bestimmungen des Justizministers gebunden

---

2) Unbestritten ist, daß die authentische Interpretation auch auf schwebende Prozesse von Einfluß ist. Rechtskräftig Entschiednes kann jedoch mit Rücksicht auf sie nicht mehr in Frage gestellt werden. L. R. Einl. §. 15 cfr. nov. 143. Kann aber auf Grund der Interpretation eine Zahlung zurückgefordert, ein Vergleich angefochten werden? Dafür nach formaler Konsequenz Wächter II, S. 152 Nr. 3. Unger I, §. 14 not. 18. Gewiß ist aber nicht als Absicht der Interpretation anzunehmen, bereits Abgemachtes wieder anfechtbar zu machen; so Windscheid I, §. 33. Anm. 4. – Daß ein Gesetz die authentische Interpretation eines älteren Gesetzes bilde, ist freilich nicht zu unterstellen, da hierin stets eine Ausnahmsmaßregel liegt. Dennoch genügt es, daß der Wille des Gesetzgebers, authentisch zu interpretiren, klar vorliegt; die ausdrückliche Bezeichnung eines Gesetzes als authentische Interpretation ist hingegen nicht nothwendig, wenn sie auch, um Zweifel abzuschneiden, wünschenswerth bleibt.

3) Die Auffassungen sind freilich getheilt. Koch, P. R. I, §. 34. Vergl. Reskript vom 6. März 1806 (N. C. C. tom. XII, S. 663) und Reskript vom 3. November 1810 (bei Mathis Bd. 9 S. 511), daß „die Reskripte des Justizministeriums als gesetzliche Erklärungen der Gesetze angesehen werden."

Digitized by Google

Inhalts der Reichsverfassung mit der Wirkung aus, daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorangehen.[13] Die Reichsgesetzgebung wird gemeinsam durch den Bundesrath und Reichstag ausgeübt, die Uebereinstimmung der Mehrheitsbeschlüsse beider Versammlungen ist ausreichend.[14] Sie erhalten jedoch nur Verbindungskraft durch die Ausfertigung und Verkündigung im Reichsgesetzblatt, welche dem Kaiser zusteht.[15] Der gemeinsamen Gesetzgebung unterliegt unter Anderm das gesammte bürgerliche Recht und das gerichtliche Verfahren.[16]

Der Bundesrath ist befugt, zur Ausführung der Gesetze allgemeine Verwaltungsvorschriften und Einrichtungen zu beschließen, ein weitergehendes Verordnungsrecht kann dem Bundesrathe oder auch dem Kaiser oder Behörden durch die Specialgesetze eingeräumt werden.[17]

§. 17. Authentische Interpretation. Erklärende Justizministerialreskripte.

Die spätere römische Kaiserzeit erachtete die kaiserliche Gewalt, von welcher das Gesetz ausging, auch vorzugsweise zur Interpretation der Gesetze als geeignet. Eine solche — authentische — Interpretation band den Richter als Ausspruch der überlegensten Rechtseinsicht wie als Willensmeinung der höchsten Macht im Staate, und zwar auch in der Anwendung des interpretirten Gesetzes auf ältere Fälle.[1]

Unser Staatsrecht hat vom römischen Rechte die Mitgift der authentischen Interpretation als einer besonderen Weise der Gesetzgebung überkommen. Jedoch hat das Institut bei uns einen andern Charakter als in Rom gewonnen. Bei uns nämlich ist der Glaube an die überwiegende Befähigung der gesetzgebenden Gewalt zur Auslegung der Gesetze geschwunden.

---

13) Reichsverfassung vom 16. April 1871 Art. 2. Landesgesetze dürfen daher älteren Reichsgesetzen nicht widersprechen. Mohl deutsches Staatsrecht S. 158 ff. Sofern dies dennoch angeblich geschähe, könnte das Reich nach Beschluß des Bundesraths einschreiten und die Beseitigung fordern. Reichsverfassung Art. 19. Auch würde das Reichsgericht derartige Landesgesetze nicht anerkennen. Dagegen bliebe der preußische Richter an das Landesgesetz an sich gebunden. Anders Laband, Staatsrecht Bd. 2. S. 119.

14) Reichsverfassung Art. 5 Abs. 1.

15) Reichsverfassung Art. 2. Art. 17.

16) Reichsverfassung Art. 4 n. 13. Der Zuständigkeit des Bundes beziehungsweise Reichs unterlag ursprünglich vom bürgerlichen Recht vorzugsweise nur Obligationenrecht, Handelsrecht und Wechselrecht. Die n. 13 des Art. 4 erhielt ihre gegenwärtige Fassung durch Gesetz vom 20. December 1873 betr. die Abänderung der n. 13 des Art. 4 der Verfassung des deutschen Reichs. Nur die gemeinsame Gesetzgebung gehört hiernach zur Zuständigkeit des Reichs, nicht aber die Fortbildung eines einzelnen Partikularrechtes. Laband, Staatsrecht Bd. 2 S. 98.

17) Reichsverfassung Art. 7 Abs. 2. Laband a. a. O. Bd. II. S. 67 ff.

1) l. 12. C. de legibus 1, 14 vgl. oben §. 9.

Digitized by Google

Nicht die äußere Autorität, ſondern Gründe, die der Geſetzgeber nicht anführt und nicht anführen ſoll, beſtimmen unſere Meinung über den Sinn eines Geſetzes. Bei uns handelt es ſich daher im Falle des Erlaſſes einer authentiſchen Interpretation nicht mehr um Belehrung, die in Rom in erſter Linie ſtand, ſondern nur um die praktiſche Wirkung, welche dort mehr folgeweiſe eintrat, alſo um die eigenthümlich normirte rückwirkende Kraft des als authentiſche Interpretation erlaſſenen neuen Geſetzes. Daſſelbe bezweckt nämlich, den Richter zu nöthigen, das ältere Geſetz ſo zu behandeln, als wenn der vom Geſetzgeber in daſſelbe ſpäter hineingetragene Sinn von jeher in demſelben gelegen hätte.[2] Daher muß die authentiſche Interpretation ſonder Zweifel alle Vorausſetzungen eines neuen Geſetzes an ſich tragen, ſowohl in Bezug auf landſtändiſche Zuſtimmung, als auf die Formen der Veröffentlichung. Die authentiſche Interpretation eines dem bürgerlichen Recht angehörenden Landesgeſetzes iſt nur durch Landesgeſetz, die authentiſche Interpretation eines Reichsgeſetzes nur durch Reichsgeſetz zuläſſig. Die Hülle der Interpretation erſcheint uns jedoch nicht als etwas Angemeſſenes, da der Geſetzgeber der modernen Anſicht nach zu befehlen, nicht zu belehren hat. Da ihm die Macht zuſteht, ſeinen Beſtimmungen rückwirkende Kraft zu geben, ſo thut er dies beſſer im Fall der Nothwendigkeit rückhaltslos, als daß er als Ausleger eine Autorität beanſprucht, welche in der öffentlichen Meinung keine Stütze mehr findet.

In den erſten Jahren nach Erlaß des Landrechts ſchrieb man geradezu ſogar den Reſkripten des Juſtizminiſters die Kraft einer authentiſchen Interpretation der Geſetze zu.[3] Schon durch die Kabinetsordre vom 6. September 1815 wurde aber beſtimmt, daß die Gerichte in ihren Entſcheidungen durch Urtel und Recht nicht an die Beſtimmungen des Juſtizminiſters gebunden

---

2) Unbeſtritten iſt, daß die authentiſche Interpretation auch auf ſchwebende Prozeſſe von Einfluß iſt. Rechtskräftig Entſchiednes kann jedoch mit Rückſicht auf ſie nicht mehr in Frage geſtellt werden. L. R. Einl. §. 15 cfr. nov. 143. Kann aber auf Grund der Interpretation eine Zahlung zurückgefordert, ein Vergleich angefochten werden? Dafür nach formaler Konſequenz Wächter II, S. 152 Nr. 3. Unger I, §. 14 not. 18. Gewiß iſt aber nicht als Abſicht der Interpretation anzunehmen, bereits Abgemachtes wieder anfechtbar zu machen; ſo Windſcheid I, §. 33. Anm. 4. — Daß ein Geſetz die authentiſche Interpretation eines älteren Geſetzes bilde, iſt freilich nicht zu unterſtellen, da hierin ſtets eine Ausnahmsmaßregel liegt. Dennoch genügt es, daß der Wille des Geſetzgebers, authentiſch zu interpretiren, klar vorliegt; die ausdrückliche Bezeichnung eines Geſetzes als authentiſche Interpretation iſt hingegen nicht nothwendig, wenn ſie auch, um Zweifel abzuſchneiden, wünſchenswerth bleibt.

3) Die Auffaſſungen ſind freilich getheilt. Koch, P. R. I, §. 34. Vergl. Reſkript vom 6. März 1806 (N. C. C. tom. XII, S. 663) und Reſkript vom 3. November 1810 (bei Mathis Bd. 9 S. 511), daß „die Reſkripte des Juſtizminiſteriums als geſetzliche Erklärungen der Geſetze angeſehen werden."

Digitized by Google

seien. Dergleichen Verfügungen haben seitdem nur Bedeutung durch ihren inneren Werth oder Gewicht in Folge ihrer Reception durch die Praxis.[4]

Zur Erläuterung der in den repräsentativen Körperschaften des Landes und des Reiches verhandelten Gesetze liefern erhebliche Anhaltspunkte die den Regierungsvorlagen in der Regel zugefügten Motive, die Kommissionsberichte, die Erklärungen der Regierungskommissare, endlich die Vorträge der Referenten und der einzelnen Mitglieder der Häuser in den Plenarberathungen. Eine authentische Interpretation ist in diesen Materialien nicht zu sehen; denn es liegen in ihnen wohl Auffassungen der Faktoren welche das Gesetz vorbereiten, der Wille des Gesetzgebers selbst aber verkörpert sich im Gesetz. Allerdings werden uns jene Materialien nicht selten die Grundgedanken und die geistige Atmosphäre, in welcher das Gesetz wurzelt, auf das Beste vergegenwärtigen, aber sie enthalten kaum weniger häufig Einseitiges und Improvisirtes, den Ausdruck individueller Ansichten, bloß dem augenblicklichen Zweck des Zustandebringens des Gesetzes Angepaßtes, wie dies der Redekampf politischer Versammlungen mit sich bringt.

§. 18. Form, Publikation der Gesetze.

Der absolute Staat kannte keine schechthin bindende Form für den Erlaß der Gesetze, weil der Wille des Monarchen, welcher allein entscheidend war, die Form, in der er sich ausdrückte, stets wieder aufs neue eigenmächtig gestalten konnte. War daher auch schon von Friedrich Wilhelm I. eigenhändige Unterschrift und Kontrasignatur des Ministers vorgeschrieben,[1] so war gleichwohl auch die verbindende Kraft bloß mündlicher Bestimmungen des Monarchen nicht zweifelhaft, welche als „aus allerhöchstem Specialbefehl" hervorgegangen, von den Ministern publicirt wurden. Erst seit Einführung der Verfassung ist die Unterschrift des Königs, sowie die Gegenzeichnung eines Ministers, und bei den auf Grund des Art. 63 der Verfassung erlassenen Verordnungen Gegenzeichnung aller Minister Voraussetzung gesetzlicher Geltung. Reichsgesetze fordern die Unterschrift des Kaisers und die Gegenzeichnung des Reichskanzlers.[2]

---

4) Bis zur Verordnung vom 21. Juli 1846 §. 35 war das Justizministerium Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen, bei denen ein Rechtsmittel unzulässig ist. Hierdurch wurden viele Reskripte provocirt, welche natürlich nur die Kraft von Präjudicien haben. Seit jener Verordnung unterstehen der Kompetenz des Justizministeriums nur Beschwerden über Disciplin, Geschäftsbetrieb und Verzögerungen.

1) Verordnung vom 25. März 1719. C. C. M. II, 1 S. 671, wiederholt durch Reskript vom 3. Januar 1728 ebendas. S. 789.

2) Art. 44 u. 45 d. Verf.-Urk., Art. 17 der Reichsverfassung vgl. oben §. 16 Anm. 15.

Digitized by Google

Voraussetzung der Verbindungskraft eines Gesetzes ist des weiteren dessen Publikation. Diese war ursprünglich[3] eine lokalisirte und ist nur schrittweise eine centralisirte geworden. Nach den Bestimmungen des Landrechts erfolgte die Publikation durch Anschlagen des Gesetzes an den herkömmlichen öffentlichen Orten, z. B. den Kirchthüren, Rathhäusern, Schulzengerichten und durch die außerdem nöthige auszügliche Anzeige in den Intelligenzblättern der Provinz.[4] Lokalisirt war auch noch[5] die Publikation nach der Verordnung vom 28. März 1811. Nach ihrer Bestimmung erhielten die Gesetze dadurch Kraft, daß sie im Amtsblatt des Regierungsdepartements entweder vollständig abgedruckt oder doch in demselben auszüglich unter Verweisung auf die Gesetzsammlung angezeigt wurden. Schon vorher war bestimmt, daß alle allgemeinen Gesetze in die Gesetzsammlung aufgenommen werden sollten, ohne daß dies für deren verbindliche Kraft an sich entscheidend war.[6] Erst das Gesetz vom 3. April 1846 koncentrirte die Publikation und machte dieselbe von der Aufnahme in die Gesetzsammlung allein abhängig. Der Beginn der Verbindungskraft wurde dabei an einen je nach der Entfernung bemeßnen Zeitraum von 8 bis 14 Tagen nach dem Tag der Ausgabe des bezüglichen Stücks der Gesetzsammlung in Berlin geknüpft,[7] jetzt hat das Gesetz vom 16. Februar 1874 das Inkrafttreten zweckmäßigerweise ohne Rücksicht auf die Entfernungen allgemein auf den Ablauf des vierzehnten Tages nach dem Tage der Ausgabe des bezüglichen Gesetzblattes in Berlin gesetzt.[8] In ähnlicher Weise erhalten die Reichsgesetze verfassungsmäßig durch gehörige Publikation im Reichsgesetzblatt Verbindungskraft im

---

3) Die Verordnungen vom 21. Januar 1716, C. C. M. I, 1 S. 525 u. 526, vom 24. August 1717, II, 1 S. 614 ff. und bestimmen das ältere Verfahren näher.

4) Einl. des L. R. §. 11.

5) Keinen neuen Publikationsmodus erschuf das Publikationspatent zur Ausgabe des Landrechts vom 1. April 1803. Zwar ward hier bestimmt, die Richter sollten auf keine Privatgesetzessammlung Rücksicht nehmen, sondern sich nur an die Gesetze halten, welche ihnen zugefertigt, gehörig publicirt, auch durch das neue Archiv und hiernächst durch die akademische Editionssammlung zu ihrer Kenntniß gebracht würden. Hiermit sollte jedoch nur Vorschrift darüber gegeben werden, welche Abdrücke der Gesetze von den Richtern als authentisch citirt werden können, während die Frage, was Gesetzeskraft habe, hierdurch unberührt blieb.

6) Verordnung vom 27. October 1810 §. 1 und 2, vergl. auch die zur Entfernung von Zweifeln erlassene Kabinetsordre vom 24. Juli 1826.

7) Verwandte Bestimmungen gab in Frankreich der code civ. und die Ordre vom 27. Nov. 1816, wonach die Promulgation der Gesetze durch die Aufnahme ins bulletin des lois erfolgen soll, dieselben aber erst nach gewissen durch die Entfernung des Hauptortes des Departements bemessenen Tagen als gekannt angesehen werden.

8) Ueber die Publikation der Polizeiverordnungen vgl. Gesetz von 1850 §. 5, Provinzialordnung vom 29. Juni 1875 §§. 77. 80. 86.

Digitized by Google

gesammten Bundesgebiet mit Ablauf des vierzehnten Tags nach dem Tag der Ausgabe des betreffenden Gesetzesblatts in Berlin.[9]

Jedes Specialgesetz kann übrigens über den Anfangspunkt seines Inkrafttretens abweichende Bestimmungen treffen, sei es indem es den Beginn früher, als die Regel ist, setzt, sei es daß, was häufiger vorkommt, ein späterer Termin der Verbindungskraft vorgesehen wird. In der Zeit zwischen Publikation und der Zeit des Eintritts jener Verbindungskraft kann das Gesetz noch nicht angewendet werden, gleichwohl derogiren ihm etwa in der Zwischenzeit erlaßne widersprechende Gesetze als jüngere Rechtsnormen.

Die in die Gesetzessammlung und in das Reichsgesetzblatt übergegangne Fassung ist die maßgebende. Druckfehler sind zu verbessern.

§. 19. Prüfung der Gültigkeit der Gesetze.

Der Richter hat von Amtswegen die einheimischen Gesetze zu kennen und anzuwenden; es gilt dies für Reichsgesetze, Landesgesetze und Polizeiverordnungen. Er hat daher nach allgemeinen Grundsätzen zu prüfen, ob eine Urkunde, welche sich als ein Gesetz oder eine gleichstehende Verordnung darstellt, die Bedingungen eines solchen an sich trägt. Dies ist in Preußen aber schlechthin nur anerkannt bezüglich der Polizeiverordnungen.[1]

Dagegen hat die preußische Verfassung die besondre Bestimmung, daß die Prüfung der Rechtsgültigkeit der vom Könige gehörig verkündeten Verordnungen nicht den Behörden, sondern nur den Kammern zusteht.[2] Die richterliche Prüfung erstreckt sich daher hier vorzüglich nur noch auf die äußere Form des Gesetzes, also die Aufnahme in die Gesetzsammlung, sowie die Unterschrift des Königs und der Minister. Würde jedoch die Frage je thatsächlich streitig, wer legitimer König in Preußen sei, so könnte der Richter in die Lage kommen, zur Feststellung der Geltung der von einem der Prätendenten publicirten Gesetze dem allgemeinen Grundsatze gemäß über die Legitimitätsfrage sein Urtheil abzugeben. Entzogen ist dem Richter durch die gedachte Bestimmung der Verfassung vorzugsweise die Beurtheilung der Frage, ob die verfassungsmäßige Zustimmung des Landtags eingeholt sei, und ob eine oktroyirte königliche Verordnung sich innerhalb der Schranken des Art. 63 der Verfassung halte.[3] Immerhin wird der Richter eine vom König erlassene

9) Reichsverfassung Art. 2: In Konsularjurisdiktionsbezirken treten die Reichsgesetze nach 6 Monaten von der Verkündigung durch das Reichsgesetzblatt ein, Gesetz vom 8. Nov. 1867 §. 24 Abs. 2, vgl. Laband Staatsrecht Bd. 2 S. 103.

1) Die Frage ist bekanntlich gemeinrechtlich sehr bestritten. Für die Bejahung vornehmlich Wächter II, S. 26 ff., Gneist: Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz vertragsmäßig zu Stande gekommen, Gutachten für den vierten deutschen Juristentag. Berlin 1863.

2) Verf.-Urk. Art. 106.

3) Die Prüfung dieser Fragen steht den Häusern des preußischen Landtags zu.

Digitized by Google

Verordnung, deren Tragweite und Sinn zweifelhaft ist, so zu interpretiren haben, daß sie möglichst mit der Verfassung übereinstimmt. Denn es ist im Zweifel anzunehmen, daß eine königliche Verordnung sich innerhalb der verfassungsmäßigen und gesetzlichen Schranken halte.

Die Reichsverfassung beschränkt das Recht des Richters, die Verfassungsmäßigkeit der Reichsgesetze zu prüfen, nicht. Den Reichsgesetzen gegenüber ist daher das Prüfungsrecht des preußischen Richters ein unbeschränktes, da die besondere Bestimmung der preußischen Verfassung sich nur auf preußische Gesetze bezieht. Die Prüfung bezieht sich auch auf die Frage der Zuständigkeit des Reichs.[4]

§. 20. Kenntniß des publicirten Gesetzes. Rechtsirrthum.

Wenn auch die Publikation des Gesetzes zu dem Zwecke erfolgt, um den Unterthanen die Möglichkeit seiner Kenntnißnahme zu verschaffen, so ist doch die verbindende Kraft des Gesetzes keineswegs von der thatsächlichen Verwirklichung dieser Absicht abhängig. Vielmehr stellt das Gesetz seine Vorschriften als schlechthin verpflichtend auf. Sache des Einzelnen ist es sich von dem Inhalte der Gesetze, soweit derselbe ihn angeht, in Kenntniß zu erhalten. Nichtkenntniß des publicirten Rechts gilt daher im Gebiete des Privatrechts regelmäßig, auch wo an sich Irrthum zu berücksichtigen ist, als unentschuldbarer Irrthum.[1]

Dabei muß aber schon hier bemerkt werden, daß richtiger Ansicht nach die Behandlung des unentschuldbaren Irrthums im römischen und im preußischen Rechte eine wesentlich verschiedene ist.[2] Der römische Richter ignorirte die Behauptung unentschuldbaren Irrthums vollständig als unglaubwürdig und unbeweisbar.[3] Irrthum als innerer Geisteszustand läßt sich nämlich

4) Vgl. auch Art. 2 der R. V. Umgekehrt nimmt Laband Staatsrecht Bd. 2 S. 51 an: selbst wenn man nach dem öffentlichen Recht eines deutschen Bundesstaates ein richterliches Prüfungsrecht der Landesgesetze annehmen wollte, so bestehe ein solches Prüfungsrecht den Reichsgesetzen gegenüber nicht. Er stützt sich vorzugsweise auf Art. 17 der Reichsverfassung „dem Kaiser steht die Ausfertigung und Verkündigung der Reichsgesetze zu." Allerdings hat hiernach der Kaiser vor der Ausfertigung zu prüfen, ob ein Reichsgesetz zu Stande kam, und dies Resultat hat eine hohe Autorität, allein es ist nicht zu erweisen wie Laband annimmt, daß dem Kaiser dies Recht der Ausfertigung zum Zweck der Prüfung gegeben ist, noch weniger, daß Sie so angestellte Prüfung jede andre ersetzen sollte.

1) L. R. Einl. §. 12. Es gilt dies auch für Polizeiverordnungen.

2) Diese Bemerkung hat begreiflich Bezug auf den unentschuldbaren faktischen Irrthum, wie auf den Rechtsirrthum. Unentschuldbar ist der Irrthum über provinzielle Gesetze nicht weniger wie über Landesgesetze. Dagegen keineswegs schlechthin der Irrthum in Bezug auf Observanzen, ebensowenig in Bezug auf ausländisches Recht, da solche Rechtssätze nicht einmal der Richter kennen muß, vergl. §. 21 Anm. 7.

3) cfr. l. 6 D. de jur. et facti ign. 22, 6. Diese Auffassung allein erklärt die bezüglichen Entscheidungen des röm. Rechts vollständig. In abweichender Weise behandeln die Sache Savigny Bd. 3 Beil. VIII, Bähr die Anerkennung 2. Aufl. S. 75 und andere Schriftsteller.

Digitized by Google

niemals unmittelbar nachweisen, sondern ergiebt sich erst auf dem Wege eines Schlusses aus äußeren Thatsachen. Konnte Jemand aber bloß solche Thatsachen anführen, welche einen Irrthum nur unter der Voraussetzung leichtsinnigen und nachlässigen Handelns darthaten, so unterstellte der römische Richter absichtliches Handeln, da dem dispositionsfähigen Menschen das Vorschützen eigner unentschuldbarer Thorheit nicht zu verstatten sei. Hieraus erklärte sich unter Anderem die Ausschließung der condictio indebiti im römischen Rechte, wenn Jemand aus angeblichem Rechtsirrthum eine Nichtschuld bezahlt hatte, indem der Richter eben die Behauptung derartiger leichtsinniger Verschleuderung ignorirte und die Absicht einer Schenkung unter dem Vorwande der Zahlung als das Wahrscheinlichere erachtete.[4] Dem preußischen Rechte hingegen ist eine solche Ausschließung des Beweises des unentschuldigten Irrthums, wie sie sich in der römischen Praxis feststellte, unbekannt.[5] Zwar gilt auch ihm solcher Irrthum als Verschuldung, welche der Irrende gegen den, der dadurch zu Schaden kam, zu vertreten hat und aus welcher er für sich keine Rechte, z. B. keinen Grund zur ordentlichen Ersitzung, herleiten kann.[6] Wollte aber ein Anderer sich in Veranlassung unseres verschuldeten Irrthums ohne Rechtsgrund bereichern, so gestattet uns das preußische Recht, den Irrthum darzuthun. Es ist daher bei uns eine Rückforderung zulässig,[7] wenn man auf Grund eines Rechtsirrthums eine Nichtschuld zahlte.[8]

§. 21. Gewohnheitsrecht.

Das Landrecht erkennt das Gewohnheitsrecht, wie bereits bemerkt,[1] als Rechtsquelle nicht mehr an. Es sollte nicht das traditionelle Herkommen, sondern einzig das rationelle Gesetz maßgebend sein. Dies gilt ebensowohl für Gewohnheiten, welche Lücken der Gesetze ergänzen (praeter legem), als für solche, welche dem Gesetze zuwiderlaufen (contra legem). Sollten sich gleichwohl noch bei uns allgemeine Gewohnheiten bilden, welche hinterher von Einzelnen nicht geachtet werden, so könnte dies nur ein Motiv dafür abgeben, die Thätigkeit der Gesetzgebung zur Sanktionirung des entsprechenden Rechts-

4) cfr. l. 9 §. 5 D. De jur. et facti ign. l. 6, l. 7, l. 10. C. eod. 1, 18 u. a. a. O. — Savigny Bd. 3 Beil. VIII, S. 447 ff

5) Näheres siehe unten §. 109.

6) Vgl. unten §. 174 unter 1) aber auch §. 177.

7) L. R. I, 16 §. 166 ff., vgl. unten Bd. 2 §. 254 sub 3.

8) Ueber die Anwendung der Strafgesetze auf Unkundige traf angemeßne Vorsorge L. R. Einl. §. 13, welcher dem jetzigen Strafrecht gegenüber aber keine formale Kraft mehr hat. Das Reichsstrafgesetzbuch §. 59 erwähnt nur des thatsächlichen Irrthums als Strafausschließungsgrundes. Ob der Rechtsirrthum demnach jetzt im Strafrecht niemals entschuldigt, ist kontrovers; die Meisten z. B. Berner Strafrecht §. 125 sind dieser Ansicht.

1) Vergl oben §. 15.

Digitized by Google

satzes in Bewegung zu setzen. Dagegen hat die Gewohnheit die Kraft zur Erzeugung von Rechtssätzen für gewisse lokale Kreise und Berufsklassen behalten. 1) Insbesondere hat die landrechtliche Legislation die Geltung von Observanzen anerkannt, insoweit dieselben den Gesetzen nicht widersprechen.[2] [3] Observanz ist Gewohnheitsrecht, welches lokale oder korporative Verhältnisse innerhalb einer engeren korporativen Gemeinschaft regelt. Voraussetzung solcher Observanz ist richtiger Ansicht nach und zwar gemäß der älteren gemeinrechtlichen Theorie die gleichförmige und ununterbrochene Uebung während rechtsverjährter Zeit, d. h. mindestens der Zeit von zehn Jahren.[4] 2) Außerdem sind in Kraft geblieben dem Provinzialrecht angehörende Gewohnheiten und Observanzen[5], selbst wenn dieselben mit dem Landrechte in Widerspruch stehen, vorausgesetzt, daß sie nachweisbar bereits im Momente des Inkrafttretens des Landrechts rechtsverbindliche Kraft hatten. Diese fortdauernde Geltung des Gewohnheitsrechts lag freilich keineswegs ursprünglich in den

---

2) L. R. Einl. §. 4. Der Begriff der Observanz ist nicht im Landrechte bestimmt und nicht unbestritten. Man pflegte die Observanz zur Zeit des Erlasses des Landrechts aufzufassen als eine Entscheidungsnorm, welche innerhalb einer universitas personarum durch stillschweigenden Vertrag der Interessenten Geltung erhielt. — Spangenberg, de observ. imperii. Halle 1794. Glück I, §. 84. Anm. 52. Aehnlich fassen auch das Obertribunal und die Schriftsteller den Begriff, u. A. Koch, P. R. I, §. 29, vergl. Beseler, P. R. §. 33.

3) Allseitig anerkannt ist die Möglichkeit der Bildung neuer Observanzen im preußischen Recht freilich nur da, wo das L. R. auf sie besonders verweist, wie II, 6 §. 33. II, 11 §. 222, doch überwiegt neuerdings die Ansicht, wonach die Bildung von Observanzen praeter legem auch sonst zulässig ist. Striethorst Bd. 71. S. 249 u. 252. Contra legem sind nur solche Gewohnheiten, die einer zwingenden Rechtsnorm entgegenlaufen, mag dieselbe übrigens ausdrücklich ausgesprochen oder indirekt festgestellt sein; vgl. Striethorst Bd. 97 S. 299. Observanzen gegenüber Dispositivgesetzen sind daher nicht als unzulässig zu erachten. Beispiele von in der Praxis anerkannten Observanzen sind Uebungen bezüglich der Kirchenbaulast, Wegebaulast, Zahlung eines Fährgelds Seitens der Ortseinwohner, ferner Herkommen hinsichtlich des Eigenthums an Rainen, vgl. Entsch. des O. T. Bd. 65 S. 203.

4) Im römischen Recht bestand keine Bestimmung über die Dauer des Zeitraums, innerhalb dessen sich ein Gewohnheitsrecht bilden konnte. Dagegen unterschied das kanonische Recht nicht mehr scharf zwischen Verjährung, welche Recht im subjektiven Sinne erschafft, und zwischen Herkommen, durch welches Recht im objektiven Sinne begründet wird. Daher forderte dasselbe eine consuetudo legitime praescripta. cfr. cap. 11 X de cons. 1. 4. Dies war denn auch die gemeine Lehre des vorigen Jahrhunderts. Nur darüber herrschte Streit, ob 10 oder 30 Jahre nothwendig seien, vgl. auch Preuß. L. R. von 1721 Bd. I. Tit. 33 §. 15. Das allgemeine Landrecht unterstellt offenbar gleichfalls den Ablauf rechtsverjährter Zeit, also mindestens der Zeit von 10 Jahren, L. R. II, 7, §. 313. II, 8. §. 41. §. 187. II, 11. §. 352. §. 366. II, 17. §. 175. Gleichwohl stehen die neueren preußischen Schriftsteller meist auf dem Boden der neueren gemeinrechtlichen Theorie, welche über die Länge des erforderlichen Zeitraums den Richter befinden läßt, z. B. Koch P. R. I, §. 29. Das Obertribunal hingegen ist geneigt an den Grundsätzen des Landrechts festzuhalten. Die Zahl der erforderlichen gleichförmigen Handlungen ist nur durch richterliches Ermessen festzustellen. Sie müssen der Absicht dem Recht entsprechend zu handeln — der opinio necessitatis — entsprungen sein.

5) §. III und §. VII des Publikationspatents.

Digitized by Google

Intentionen der landrechtlichen Gesetzgebung. Sie erhielt sich aber um deswillen, weil das Landrecht dem damals bestehenden Provinzialrechte gegenüber nur subsidiäre Kraft hat und die in Aussicht genommene Kodifikation des Letzteren — von der Provinz Preußen abgesehen — nicht zur Ausführung kam. In denjenigen Distrikten, in welchen das Landrecht die Provinzialrechte beseitigte, hat daher diese Art des Gewohnheitsrechts begreiflich ihre Kraft verloren. 3) Endlich mag noch erinnert weren, daß auch das deutsche Handelsgesetzbuch [6] die Bildung von handelsrechtlichem Gewohnheitsrecht zur Ausfüllung von Lücken des Handelsgesetzbuchs zuläßt, wobei man nach der modernen Theorie, unter deren Einfluß das Handelsgesetzbuch entstand, von dem Erforderniß rechtsverjährter Zeit abzusehen hat. Gerichtskundige Gewohnheiten sind von Amtswegen zu beachten, andre wie Thatsachen unter Beweis zu stellen. [7]

Die Gewohnheit hat nicht nur als selbständige Rechtsquelle juristische Bedeutung. Vielmehr kommen Gewohnheiten, seien sie nun rein thatsächlicher Natur oder enthalten sie ein juristisches Element, nicht selten dadurch in Betracht, daß sie zur näheren Bestimmung von solchen Privatrechtsgeschäften dienen, welche auf dieselben Bezug nehmen oder mit Rücksicht auf sie ins Leben traten. In dieser Funktion sind Gewohnheiten von Wichtigkeit zur Ergänzung der Lücken und als Mittel zur Interpretation der Rechtsgeschäfte. Die Benutzung der Gewohnheit für diesen Zweck ist im preußischen Rechte natürlich nicht dadurch behindert, daß die Gewohnheit der Regel nach nicht mehr als besondere Rechtsquelle anerkannt wird. [8]

§. 22. Gerichtsgebrauch und Juristenrecht.

Gerichtsgebrauch und Juristenrecht sind auch im heutigen preußischen Rechte rechtserzeugende Faktoren. Die nächste Aufgabe des Richters ist allerdings nur die Anwendung des Rechts auf den Einzelfall. Das Richteramt ist zur Verwirklichung des Gesetzes, nicht zur Gesetzgebung berufen. Das

---

6) H. G. B. Art. 1. Vgl. Laband, Goldschmidt Ztschrft. Bd. 17 S. 466 ff., Goldschmidt Handelsrecht 2. Aufl. Bd. I §§. 35. 36.

7) A. G. O. I, 10 §. 55. Die Gerichtskundigkeit kann übrigens durch Atteste von Behörden z. B. von Magistraten, Regierungen erzielt werden. Eine lebhafte Kontroverse besteht unter den gemeinrechtlichen Juristen, ob das Gewohnheitsrecht wie eine Thatsache unter Beweis zu stellen sei, wenn es nicht notorisch ist — der Standpunkt des ältern gemeinen und des preußischen Rechts — oder ob der Richter von Amtswegen das Gewohnheitsrecht zu kennen beziehungsweise zu erforschen hat, wobei ihn die interessirte Partei durch bezügliche Daten unterstützen kann. Die letztere Auffassung ist die jetzige der gemeinrechtlichen Juristen und die principiell richtige. Die R. C. P. O. §. 265 nimmt einen praktisch vermittelnden Standpunkt ein, nicht gerichtskundige Gewohnheitsrechte und Statuten sollen des Beweises bedürfen, der Richter aber ist befugt, nicht aber verpflichtet sich bezüglich ihrer von Amtswegen andre Erkenntnißquellen zu eröffnen.

8) l. 31. §. 20. D. de aedilicio edicto 21, 1. l. 50 §. 3. D. de leg I. Auf solche Usancen bezieht sich H. G. B. Art. 279. vgl. Unger I, §. 5. sub II.

Digitized by Google

Leben jedoch verbindet Thätigkeiten mit zwingender Gewalt, welche der sichtende Verstand sondert. So knüpft sich an die rechtsprechende Thätigkeit der Richter fast mit Nothwendigkeit eine gewisse Rechtsproduktion.[1] Die Vermittlung bildet die Interpretation der Gesetze und die Anwendung der Analogie. Zwar geschehen diese wissenschaftlichen Operationen zunächst im Dienste des besonderen Falles, und es wohnt dem auf diesem Wege gefundenen Resultate für spätere, gleiche oder ähnliche Fälle zuvörderst nur das Gewicht einer Doktrin inne, welche lediglich durch die Ueberzeugungskraft ihrer Gründe wirkt. Wird dieselbe aber längere Zeit festgehalten, so tritt ein Zeitpunkt ein, wo das, was ursprünglich nur wissenschaftliche Gedankenarbeit war, um seiner selbst willen Geltung in Anspruch nimmt. Die Autorität übereinstimmender Erkenntnisse, insbesondere auch des höchsten Gerichtshofs, die Rücksicht auf die Gleichförmigkeit der Rechtsprechung, die Erwägung, daß man im Rechtsverkehr bereits mit Sicherheit auf die Wiederkehr der gleichen Entscheidung rechnet, führt dahin, daß solche Präjudicien zuletzt unbedingt der Rechtsprechung zur Norm dienen — daher Recht bilden,[2] da der Staat sie als solches verwirklicht.

Das Landrecht selbst beabsichtigte, während es das bisherige Juristenrecht dem Gesetzeswerke wesentlich zu Grunde legte, die Erneuerung eines Juristenrechts unmöglich zu machen, indem es verfügte, es solle auf die Meinungen der Rechtslehrer oder ältere Urtheile bei künftigen Entscheidungen keine Rücksicht genommen werden.[3] Gleichwohl konnte diese Vorschrift nicht verhindern, daß sich sofort wieder die Fäden eines neuen Juristenrechtes anknüpften, welches dann freilich erst nach Jahrzehnten seine heutige hervorragende Bedeutung erhielt. Durch dieses Juristenrecht vollzieht sich vor unseren Augen eine Entwicklung, wie dieselbe in dem prätorischen Rechte Roms dem Resultate nach fertig vor uns liegt. Auf dem Wege der Rechtsprechung der höchsten Gerichtshöfe[4] bildet sich ein neues Recht, die Bestim-

---

1) Mit seinem scharfen Blicke hat Puchta erkannt, daß auch das Juristenrecht Rechtsquelle sei (Pand. §. 16). Aber seine Begründung war eine ungenügende, indem er dasselbe als Gewohnheitsrecht behandelte und zwar als „unmittelbare Volksansichten, die sich in den rechtsverständigen Gliedern der Nation als natürlichen Repräsentanten derselben in rechtlichen Dingen an den Tag legen." Ist positives Recht das, was der Staat in den Gerichten verwirklicht (oben §. 15), so bedarf es einer solchen Begründung nicht, welche angreifbarer ist, als der zu beweisende Satz.

2) vergl. l. 13 C. de sent. 7, 45: „cum non exemplis sed legibus sit judicandum" und andererseits l. 38 D. de legibus 1, 3: „in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur ... rerum perpetuo similiter judicatarum autoritatem vim legis obtinere debere"; vgl. auch Wächter II, S. 40 ff.

3) L. R. Einl. §. 6.

4) Das Obertribunal beziehungsweise das Reichsoberhandelsgericht fungirt 1) als Revisionshof (Oberappellation), falls die Erkenntnisse der beiden ersten Instanzen nicht

Digitized by Google

mungen der Gesetze unterstützend, fortbildend und erweiternd, unter Umständen sogar, wo dieselben innerlich abgestorben sind, sie beseitigend. Nur tritt die Fortbildung des Rechtes bei uns stets bloß bei Gelegenheit konkreter Rechtsstreitigkeiten hervor, während die römischen Prätoren die Normen für ihre Jurisdiction zum großen Theile bei ihrem Amtsantritt im Voraus in abstracto formulirten.

Ein vorzügliche Förderung hat die Bildung eines Juristenrechts in Preußen durch die Kabinetsorde vom 1. August 1836 und die darauf gebauten weiteren Bestimmungen erfahren.[5] In Folge derselben kann der von einem Senate des Obertribunals ausgesprochene Rechtssatz nur dann von einem andern Senate dieses Gerichts verlassen werden, wenn das Obertribunal in seiner Gesammtheit jenen Rechtssatz durch Plenarbeschluß geprüft und verworfen hat. Aehnliche Bestimmungen gelten für das Reichsoberhandelsgericht.[6] Können nun auch Plenarbeschlüsse wieder durch andere Beschlüsse des gesammten Gerichts beseitigt werden, so ist in Folge dieser Einrichtung ihre Autorität doch eine besonders hohe.

Ob freilich eine gerichtliche Entscheidung zum Juristenrechte geworden oder ob sie nur eine der weiteren Prüfung noch unterliegende richterliche Meinung sei, ist Sache thatsächlicher Beurtheilung. Verkehrt und des Juristen nicht würdig ist es, einem jeden der einzelnen, vielleicht innerlich nicht mit einander übereinstimmenden Aussprüche des höchsten Gerichts blindlings unbedingte Folge zu geben und sich in solcher Weise von eigner Prüfung zu entbinden, um sich in Präjudicien zu verstricken. Ebensowenig ist es aber zulässig, eine feststehende Praxis zu ignoriren. Die rechte Mitte lehrt nur glücklicher Takt.

übereinstimmen und das Objekt ihrer Differenz über 500 Thlr. beträgt. 2) als Nichtigkeitsinstanz. Das Reichsgericht wird in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die Revision gegen Endurtheile der Oberlandesgerichte haben, wenn die Entscheidung beruht auf Verletzung eines Reichsgesetzes oder eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, falls bei vermögensrechtlichen Ansprüchen der Werth 1500 Mark übersteigt. Außerdem hat es die Beschwerde gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte in streitigen Sachen, Gerichtsverf. Gesetz §. 135. R. C. P. O. §§. 508. 511 ff.

5) Die Kabinetsordre vom 7. Mai 1856 ergänzte und modificirte die Kabinetsordre vom 1. August 1836. Vgl. noch Gesetz vom 17. März 1852 über die Vereinigung der beiden obersten Gerichtshöfe, vom 6. Februar 1874 über die Vereinigung des Oberappellationsgerichts mit dem Obertribunal.

6) Nach dem Reichsgesetz vom 12. Juni 1869 §. 9 ist die Ansicht eines Senats, welche von einer früheren Entscheidung desselben Senats oder eines andern Senats oder des Plenums abweicht, vor das Plenum des R. O. H. G. zu bringen. Das deutsche Gerichtsverf.-Gesetz §. 137 schließt sich dagegen für die Plenarbeschlüsse des künftigen Reichsgerichts den für das O. Trib. geltenden Bestimmungen an.

Digitized by Google

§. 23. Privilegien.[1]

Die Ordnung der Rechtsverhältnisse kann auf zweierlei Weise geschehen. Einmal durch Aufstellung allgemeiner Normen, nach denen sich eine unbemessene Zahl konkreter Berechtigungen künftig zu gestalten hat, dann durch unmittelbare Erschaffung von einzelnen Berechtigungen im subjektiven Sinne. Akte der zweiten Art nennt man Privilegien. Ihr Vorwiegen gehört der Epoche des Mittelalters an, welches weniger reflektirte und sich nur schwer zur Abstraktion des allgemeinen Rechtssatzes erhob. An die Stelle der Gleichheit, welche der Rechtssatz je nach dem Maße seiner Allgemeinheit schafft, trat so die individuelle Verschiedenheit, die stärkere Berücksichtigung des Besonderen, häufig das Monopol, durch welches sich der Einzelne ein Gebiet absteckte. Im Gegensatze zum Mittelalter ist die Tendenz der neueren Zeit vorzugsweise auf eine durch allgemeine Bestimmungen vermittelte Gleichheit der Rechtssubjekte, demgemäß auf Zurückdrängung der Privilegien gerichtet.

An sich kann jedes der rechtlichen Bestimmung bedürftige, öffentliche oder private Verhältniß auf dem Wege des Privilegiums nicht weniger, wie auf dem Wege des Gesetzes, geordnet werden,[2] wenn auch erfahrungsmäßig manche Rechtsverhältnisse sich vorzugsweise oder ausschließlich zu einer Ordnung durch Privilegium eignen, andere nicht leicht auf diesem Wege normirt werden. Der mögliche Inhalt der Privilegien läßt sich daher nicht erschöpfen, fällt vielmehr unter die allgemeinen rechtlichen Kategorien. Dagegen ist die Frage, an welches Subjekt ein Privilegium geknüpft werden könne, eine speciell zu behandelnde. Man unterscheidet in dieser Hinsicht einestheils persönliche Privilegien, welche je nach der Absicht des Verleihers bald rein individuell, bald auch vererblich sind und anderntheils subjektiv dingliche, welche die Ausstattung eines gewissen wirthschaftlichen Gutes bilden. Zu den persönlichen Privilegien sind auch diejenigen zu rechnen, welche einer Person gegeben sind unter der Voraussetzung, daß sie eine Sache besitze, zu den subjektiv dinglichen auch solche, deren Ausübung durch eine gewisse

---

1) Vergl. Schlayer, Lehre von den Privilegien nach gemeinem Rechte in Zeitschrift für C. R. u. Pr. n. F. Bd. 12 S. 58 ff. Kierulf, Theorie des gemeinen Civilrechts S. 53 ff. Wächter II, S. 329 ff. Beseler §. 50. Gerber Privilegienhoheit in seinen Abhandlungen S. 470 ff.

2) Zulässig sind nur privilegia favorabilia. S. g. privilegia odiosa, welche eine ungünstige Ausnahmestellung eines Einzelnen auf dem Wege der Gesetzgebung einführen, widersprechen der Verfassungsurkunde Art. 4, Art. 9. Dennoch sind neuerdings solche privilegia odiosa gegen den König von Hannover und den Kurfürsten von Hessen erlassen worden, indem durch Verordnung mit Gesetzeskraft vom 2. März 1868 und Gesetz vom 15. Februar 1869 ihr Vermögen mit Beschlag belegt und dessen Einkünfte eingezogen wurden. Die Rechtfertigung suchte man in dem Kriegsstande dieser Fürsten.

Digitized by Google

Qualifikation des Besitzers, z. B. Angehörigkeit zu einer bestimmten Konfession, bedingt ist.[3]

Die Privilegien können geschaffen werden vom Gesetzgeber in den Formen und nach den Voraussetzungen der Gesetze;[4] die Ertheilung gewisser Arten der Privilegien ist aber nach Gesetz oder Herkommen der Krone überlassen und bildet einen Akt der Staatsverwaltung.[5] Derartige Privilegien sind zum größern Theil nur durch die Amtsblätter zu verkünden und treten dann mit dem achten Tage nach Ausgabe des betreffenden Blatts am Orte ihres Erscheinens in Kraft.[6]

Die Veranlassung des Privilegiums kann ein Vertrag oder auch eine freiwillige Verleihung sein, s. g. privilegia conventionalia und gratuita. Schließt die Staatsgewalt einen Vertrag über Gewährung eines Privilegiums, so ist sie allerdings um deswillen nicht zu dessen Ertheilung juristisch verpflichtet, da eine Klage auf eine bestimmte Ausübung eines Majestätsrechts, wie sie im Erlaß des Privilegiums liegt, unstatthaft ist, wohl aber ist anzunehmen, daß der Staat als Fiscus entschädigungspflichtig wird, wenn er nicht demnächst als Inhaber der Privilegienhoheit das Privilegium dem Vertrage gemäß ertheilt.[7]

Privilegium nennen wir nicht nur den Akt selbst, welcher ein Einzelverhältniß ordnet, sondern auch die so geschaffene Berechtigung. Hierdurch erklärt sich die Möglichkeit der Frage: ob Privilegien durch Verjährung entstehen. Der Sinn derselben ist, ob Befugnisse, die sonst nur durch Privi-

---

3) S. g. privilegia mixta, wie sie u. A. Kierulff l. c. S. 49, Wächter II, S. 333 u. 335 annehmen, gibt es nicht. Boecking Institut. 1843 I, §. 98 not. 17. Unger I, §. 65 Anm. 30.

4) Die Gesetzgebung allein kann Dispensation von Gesetzen ertheilen in Fällen, in welchen dieselbe nicht gesetzlich oder observanzmäßig der Verwaltung besonders überlassen ist. In manchen Fällen knüpft das Gesetz selbst die Ertheilung von Privilegien an ein Gesetz. So kann nach dem Reichsbankgesetz vom 14. März 1875 §. 1 das Banknotenprivilegium nur durch Reichsgesetz erworben werden. Ausdrücklich für unzulässig erklärt sind Privilegien zum Schutz der Urheberrechte, Gesetz vom 11. Juni 1870 §. 60, Kunstschutzgesetz §. 19. Ein Reichsgesetz könnte solche gleichwohl in besondern Fällen gewähren.

5) Die Dispensation, welche §. 28 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 von Ehehindernissen und dem Aufgebot zuläßt, steht dem Könige zu, welcher sie durch Verordnung dem Justizminister und dem Minister des Innern übertragen hat, ebenso gebührt das Recht der Legitimation dem Könige L. R. II, 2 §. 601; Art. 49 der preußischen Verfassung ferner gewährleistet dem Könige das Recht der Begnadigung und Strafmilderung, Art. 50 das Recht zu Verleihungen von Orden und Auszeichnungen — Amtstitel, Adelsverleihungen, — ferner hat der König das Recht der Konzession von Eisenbahnen — Gesetz vom 3. November 1838 §. 3, — der Verleihung des Expropriationsrechts, der Ertheilung des Rechts zur Erhebung von Chaussee- und Wegegeldern, endlich das Recht der Genehmigung zur Ausstellung von Schuldscheinen auf den Inhaber.

6) Gesetz vom 10. April 1872, betreffend die Bekanntmachung landesherrlicher Erlasse durch die Amtsblätter.

7) Dies ist freilich sehr bestritten; vgl. dagegen Kierulff l. c. S. 60.

Digitized by Google

legium begründet werden, auch durch Besitz während rechtsverjährter Zeit erworben werden können. — Nach gemeinem Rechte nun ersetzt unvordenkliche Zeit den Nachweis staatlicher Verleihung. Das preußische Recht hingegen kennt die sogenannte unvordenkliche Verjährung nicht.[8] Nach diesem Rechte können daher Privilegien auf Grund langer Zeit nur dann zur Geltung kommen, wenn sie das sogenannte Normaljahr für sich haben oder wenn durch besonderes Gesetz der Erwerb der fraglichen Gerechtsame durch Verjährung verstattet ist.[9]

§. 24. Auslegung. Kollision der Privilegien.

An und für sich könnten für die Auslegung der Privilegien die allgemeinen Grundsätze der Interpretation genügen. Gleichwohl hat die ältere gemeinrechtliche Theorie in dieser Hinsicht besondere Regeln aufgestellt, zum Theil hervorgegangen aus der Tendenz der Beschränkung der Privilegien und der Begünstigung der natürlichen Freiheit.[1] Im Anschlusse an diese Regeln werden im Landrechte durch gesetzlichen Vertrag erworbene Privilegien unterschieden, hinsichtlich deren es bei den Regeln über Auslegung von Verträgen verbleiben soll, von den freiwillig aus Gnaden verliehenen.[2] Diese letzteren sollen nämlich restriktiv so erklärt werden, daß sie Dritten möglichst wenig zum Nachtheile gereichen.[3]

Eine besonders wichtige Frage der Auslegung ist, ob ein Privilegium ein Monopol begründet, also spätere Privilegien gleicher Art ausschließt, wie dies z. B. bei der Konzession zu einer Eisenbahn zwischen zwei bestimmten Punkten der Fall sein kann, oder ob das Privilegium die spätere Ertheilung von Berechtigungen gleichen Inhalts nicht hindern soll.[4] Es ist dies begreiflich nach Wort und Sinn des älteren Privilegiums zu beurtheilen. Ein Mo-

---

8) Dagegen läßt sich nach preußischem Rechte eine Begründung durch Observanz — praeter legem — denken. Die Frage der Begründung von Privilegien durch Observanz ist gemeinrechtlich bestritten. Vgl. Windscheid Pand. I, §. 136 Anm. 3 u. 5.

9) Die Vermuthung der Verleihung des Adels tritt in 44 Jahren ein, L. R. II, 9 §. 19; gewisse publicistische Befreiungen entstehen in 50 Jahren, L. R. I, 9 §. 656, II, 14 §. 5.

1) Thomasius de interpretatione beneficiorum principis. Hal. 1701.

2) L. R. Einl. §. 54 ff. u. Koch, Kommentar hierzu. Auch für die Regalien sollen gleiche Auslegungsregeln gelten. L. R. II, 14 §. 33.

3) Beispiel R. O. H. G. Bd. 9 S. 398.

4) Für Lokomotivbahnen kommt auch in Betracht die Bestimmung des Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838 §. 44, welche eine zweite Konzession zwischen denselben Hauptpunkten innerhalb dreißig Jahren von Eröffnung der Bahn an für unzulässig erklärt. Diese Bestimmung ist unbeschadet bereits erworbner Rechte beseitigt durch Reichsverfassung Art. 41 Abs. 3. Ein derartiges Widerspruchsrecht kann Lokomotivbahnen in Konzessionen seit Inkrafttreten der Reichsverfassung nicht weiter verliehen werden.

Digitized by Google

ment bei der Beurtheilung bildet aber nach der angeführten landrechtlichen Regel, ob das ältere Privilegium gratuit ertheilt war, in welchem Falle eine — Dritten nachtheilige — Exclusivität nicht zu vermuthen ist.

Daß übrigens, wenn ein älteres Privilegium exklusiv war, ein später gleichwohl ertheiltes gleichen Inhalts als erschlichen und unwirksam anzusehen ist, müssen wir, wie nach gemeinem, so auch nach preußischem Rechte annehmen.[5]

§. 25. Aufhebung des durch Privilegium geschaffenen Rechts.

Das durch Privilegium geschaffene Recht unterliegt den Beendigungsgründen, denen Rechte der Art, welcher es angehört, überhaupt unterworfen sind.[1] Es können die Voraussetzungen, von welchen der Akt des Privilegiums die Berechtigung abhängig machte, wegfallen. Insbesondere kann die Zeit, welche für dasselbe gesetzt, die Resolutivbedingung, an die es gebunden war, herangekommen, der Endzweck, zu dem es ertheilt war, erreicht oder unmöglich geworden sein, desgleichen das berechtigte Subjekt, oder dessen Qualifikation erloschen sein. War ferner das Privilegium einer Person als Eigenthümer einer Sache ertheilt, so erlischt es durch die Entäußerung der Sache nach ausdrücklicher und folgerechter Entscheidung des Landrechts für immer.[2]

Besondere Weisen der Beendigung sind:[3]

1. Aufhebung des Privilegiums wegen groben Mißbrauchs, was sich daraus rechtfertigt, daß die Ertheilung desselben eine besondere Auszeichnung enthält, häufig aber auch die Freiheit von Dritten besonders beschränkt, so daß diese im Falle des Mißbrauchs doppelt gefährdet sind. Ueber diese Aufhebung hat, worüber man gemeinrechtlich streitet, nach preußischem Rechte

---

5) Die gemeine Praxis hat diese Grundsätze nach Analogie der römischen Bestimmungen über die Wirkung der Reskripte ausgebildet. Ihr folgten ältere preußische Quellen, z. B. Landtagsreceß von 1653 §. 72 sub 6 im C. C. M. Th. VI, 1 S. 458. Projekt des C. J. Fridericiani I, 1 tit. 2 §. 22. Jene Grundsätze sind zwar nicht im Landrechte ausdrücklich aufgenommen, aber als selbstverständlich zu unterstellen. Entsch. d. O. T. Bd. 18 S. 334.

1) Demgemäß gehen sie auch durch Nichtgebrauch dann unter, wenn der Nichtgebrauch Rechte der fraglichen Gattung überhaupt vernichtet. An und für sich ist Nichtgebrauch kein Erlöschungsgrund der Privilegien, z. B. des Adels, L. R. II, 9. §. 94; vgl. über diese Streitfrage u. A. Bangerow I, §. 116 Anm.

2) L. R. Einl. §. 66. Für diese konsequentere Ansicht auch Mueller promtuarium v. privilegium, dagegen Leyser vol. I, sp. 11 med. 2. Beispiel: Gewisse Vorrechte der Standesherren sind an den Besitz der Standesherrschaft geknüpft. Veräußern sie dieselbe, so erlöschen jene Vorrechte, so daß sie durch einen späteren zufälligen Rückerwerb der Standesherrschaft nicht aufleben.

3) L. R. Einleitung §. 70 ff.

Digitized by Google

der Richter zu erkennen,[4] so daß den verletzten Individuen wie den Staatsbehörden der Rechtsweg offen steht.

2. Nach der Bestimmung des Landrechts sollte der Staat Privilegien aus Gründen des öffentlichen Wohles gegen hinlängliche Entschädigung aufheben können.[5] Hierbei wurde nicht weiter unterschieden, ob der Staat in seiner Eigenschaft als Gesetzgeber oder als Regierung handle. Nach den Grundsätzen des Verfassungsstaates hingegen können Privilegien, bei denen der Regierung das Widerrufsrecht nicht vorbehalten ist, nur kraft gesetzlicher Ermächtigung durch die zuständigen Behörden nach den Regeln über Expropriation und gegen volle vorgängige Entschädigung aufgehoben werden.[6] Außerdem aber ist eine Aufhebung durch einen besondern Akt der Gesetzgebung möglich. In solchem Falle entsteht nach allgemeinen Grundsätzen ein Recht auf Entschädigung nur insoweit, als das Gesetz dieselbe besonders zubilligt.

§. 26. Anwendungssphäre der einheimischen Gesetze. Geltung fremder Rechte.[1]

Die einheimischen Gesetze nehmen bald ausschließliche Geltung für alle in ihrem Bereiche verhandelten Rechtssachen in Anspruch, auch wenn sie Fremde und Fremdes betreffen, bald beziehen sie sich mit begrenzterer Anwendungssphäre nur auf Einheimische und Einheimisches. Wir können Gesetze der ersteren Art kosmopolitische, Gesetze der zweiten Kategorie territoriale nennen. Kosmopolitische Gesetze hat der Richter schlechthin auf diejenigen seiner Entscheidung unterbreiteten Rechtsverhältnisse anzuwenden, welche nach ihrem Rechtsinhalte dem gesetzlichen Thatbestande entsprechen, ohne Rücksicht darauf, ob die Begründung des fraglichen Anspruchs im Auslande geschah, ob dessen Erfüllung dort zu erfolgen hatte, ob es sich um Objekte handelt, die im fremden Staate liegen, oder endlich um Personen, welche dort

---

4) cap. 24. X. de privilegiis 5, 33 ... privilegium meretur amittere, qui permissa sibi abutitur potestate. Die ältere gemeine Praxis nahm in Folge dieses Gesetzes das Recht der Gerichte an, auf Aufhebung zu erkennen, vgl. Glück Bd. II, S. 35. Dagegen sind Neuere, z. B. Kierulff S. 59, da sie meinten, nach dieser Praxis stelle sich der Richter über den Gesetzgeber. Das L. R. hat die ältere Doctrin aufgenommen Einl. §. 72.

5) Einl. §§. 70. 71. Nach den Materialien war die Absicht der Redactoren, im Fall der Aufhebung der Privilegien nicht das volle Interesse, insbesondere nicht das lucrum cessans zuzubilligen.

6) Verf.-Urk. Art. 9.

1) L. R. Einl. §. 23 ff. Die gemeinrechtliche Literatur ist besonders reich. Grundlegend ist Wächters Abhandlung im Archiv für civilistische Praxis Bd. 24 S. 230 ff., Bd. 25 S. 1. 161. 361 ff. Auf preußisches Recht nehmen Rücksicht Savigny System Bd. 8 ff., v. Bar, das internationale Privat- und Strafrecht 1862. Eine das preußische Recht speciell betreffende Abhandlung ist von Bornemann, Erörterungen H. 1 S. 65 ff. Ausführlich auch Heydemann Einl. I, S. 97 ff.

Digitized by Google

heimisch sind. Solcher Charakter wohnt unseren Gesetzen namentlich dann inne, wenn sie uns als Anforderungen einer höheren, ewigen Gerechtigkeit oder der Sittlichkeit oder auch des öffentlichen Wohls erscheinen.[2] In der Regel jedoch wird der Gesetzgeber dem Geltungsbereiche seiner Gesetze engere Schranken ziehen. Er wird sich vergegenwärtigen, daß es seine Aufgabe vornehmlich ist, für den bestimmten Kreis des Inlandes und der Inländer die Rechtsordnung festzustellen, desgleichen, daß der Regel nach nur innerhalb der Staatsgrenzen die thatsächlichen Bedingungen schlechthin vorhanden sind, welche seinen Gesetzen zur Grundlage dienen. Die Regelung derjenigen Verhältnisse, die hiernach dem Kreise seiner Aufgabe entfallen, wird er den fremden Rechten überlassen.[3] Ob diese fremden Rechte anderen mit eigenen Rechten ausgestatteten Provinzen unseres Staates oder selbständigen Staaten angehören, macht hierbei keinen grundsätzlichen Unterschied.

Die Lösung der Frage nun, ob ein einheimisches Gesetz ein kosmopolitisches oder ein territoriales sei, und ferner wie weit in diesem Falle der Umfang seiner Herrschaftssphäre reiche, ist Sache der Interpretation, ihre Beantwortung in letzter Linie stets aus Grund und Zweck des betreffenden Gesetzes zu entnehmen. Alle Versuche, aus einem einzigen allgemeinen Principe heraus die sich hier ergebenden Schwierigkeiten zu lösen, sind daher von vorn herein zur Unfruchtbarkeit verurtheilt. Sie erfüllen ihren Zweck, der Praxis eine sichere Handhabe zu geben, nur scheinbar. Insbesondere ist das neuerdings aufgestellte Princip trügerisch, daß für jedes einzelne Rechtsverhältniß der Punkt des Raumes, welchem es angehört, oder dessen Sitz aufgesucht werden müßte.[4] Denn Rechtsverhältnisse, insbesondere Forderungsrechte, haben als ideelle Dinge kein Dasein im Raume und wir verfahren in willkürlicher Weise, wenn wir ihnen einen räumlichen Sitz erst durch eine

---

2) Beispiele: auch wer in seiner Heimath für bürgerlich todt erklärt ist, ist bei uns rechtsfähig; Juden, die in ihrer Heimath nur eine beschränkte Handlungsfähigkeit haben, unterliegen bei uns diesen Beschränkungen nicht; der preußische Richter ferner hat die Beschränkungen der Klage aus unehelicher Schwängerung im Gesetz vom 24. April 1854 §. 9 unter 2 auch auf Klagen anzuwenden, welche ausländische Personen wegen unehelicher Schwängerung im Inland anstellen, so Gruchot Bd. 15 S. 133. Fremde Strafgesetze hat unser Richter nie anzuwenden; wie weit das einheimische Strafrecht Handlungen im Auslande betrifft, ergibt das Strafgesetzbuch §. 4 ff.

3) Der einheimische Richter hat fremdes Recht nur anzuwenden, sofern es notorisch ist. So weit dies nicht der Fall ist, hat die Partei, welche sich auf Abweichungen desselben vom einheimischen Recht stützen will, dieselben nachzuweisen. A. G. O. I, 10 §. 53, R. C. P. O. §. 265 verstattet dem Richter, sich selbständig Erkenntnißquellen zu eröffnen.

4) Savigny Bd. 8 S. 108. Die Ansicht von Savigny hat viele Anhänger gefunden. Kritisch verhält sich zu derselben dagegen Bar l. c. S. 54. Vgl. auch Thöl, Einl. in das deutsche Privatrecht.

Digitized by Google

Fiktion zuschreiben, um dann von dieser selbstgeschaffenen Grundlage aus Regeln darüber zu gewinnen, nach welchen Gesetzen sie zu beurtheilen sind.

Die ältere Theorie suchte einen Anhalt in der Charakterisirung gewisser statuta als personalia, nämlich der Gesetzesvorschriften über die Personen, und als realia, d. h. der Gesetze über die Rechte an Immobilien, wozu denn freilich viele Schriftsteller in dem falschen Bestreben, die Eintheilung zu erschöpfen, noch die sogenannten statuta mixta fügten.[5] Wer in dieser älteren Klassifikation einen überall und ohne Weiteres anwendbaren Maßstab sucht, muß sich getäuscht finden. Wer aber die Eintheilung nur auffaßt als eine aus der Natur der Sache geschöpfte Anleitung zur Beantwortung der Frage, wie weit der Regel nach die Anwendungssphäre gewisser Klassen von Gesetzen sich erstreckt, dem bietet dieselbe eine schätzbare Handhabe. Die Bedeutung derselben ist also nur die, ein Hülfsmittel für die Interpretation der Gesetze zu sein. In diesem Sinne sind auch die Vorschriften des preußischen Rechts zu fassen.[6]

§. 27. Klassifikation der Gesetze.

1. Statuta personalia sind diejenigen Gesetze, welche über die Persönlichkeit, über die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Individuen, sowie über deren Familienstellung und über deren Stand Anordnungen treffen.[1] Solche gesetzliche Bestimmungen gelten der landrechtlichen Regel nach, wie auch nach gemeinem Rechte, nur für diejenigen Personen, welche im Inlande ihren dauernden Wohnsitz haben,[2] die Verhältnisse derjenigen Personen dagegen,

5) Die Lehre von den statuta mixta ist eine scholastische und unlebendige geblieben; die älteren Schriftsteller weichen auch in hohem Grade in der Begriffsbestimmung dieser statuta ab. Zu Grunde liegt eine ungehörige Generalisirung des Satzes locus regit actum, vgl. Bar l. c. S. 22 ff.

6) Eine specielle und positive Regelung geben theilweise die zwischen Preußen und anderen Staaten geschlossenen Verträge über die Jurisdictionsverhältnisse.

1) Hierher gehört unter Anderm die Frage: ob und inwieweit eine Ehefrau ohne Konsens ihres Mannes handeln kann, ferner ob und in welcher Weise eine Frau zu Interceſſionen befugt ist. Auch die Geltung einer Interdiktion, z. B. wegen Verschwendung, richtet sich nach dem forum domicilii des Interdicirten, ebenso wirkt eine venia aetatis durch den Richter des Domicils absolut. Alles dies auch dann, wenn die Wirkungen der Feststellung des Personenstandes eines Ausländers für die Rechtsverhältnisse an inländischen Immobilien Wichtigkeit haben, wenn z. B. ein im Auslande volljährig Gesprochener ein inländisches Immobile verkauft hat. Ferner bestimmen sich diejenigen Rechte, welche unmittelbar aus dem Familienstande folgen, z. B. der väterliche Usufrukt, nach dem Gesetze des Domicils des Ausländers, auch wenn hierdurch inländische Immobilien betroffen werden. Ueber die Wirkung des im Auslande eröffneten Konkurses vgl. unten Bd. 2 §. 113 sub II.

2) Ueber den Wohnsitz bestimmt in Ansehung des Gerichtsstands A. G. O. I, 2 §. 9 u. A. L. P. O. §. 13 ff. Die bezüglichen Rechtssätze sind in der Regel auch für die Frage des Wohnsitzes im Fall der Kollision verschiedner Privatrechte zu verwerthen, doch gilt dies keineswegs unbedingt. Der Wohnsitz wird hiernach begründet durch den Aufenthalt

Digitized by Google

welche im Auslande domiciliren, werden nach den dort geltenden persönlichen Statuten behandelt. — Diese Sätze erleiden jedoch im Landrechte eine wichtige praktische Modifikation. Im Interesse der Sicherheit des inländischen Verkehrs wird nämlich die Handlungsfähigkeit von Ausländern, welche im Inlande Verträge über im Inlande befindliche Sachen schließen, dann nach den Gesetzen des Landrechts beurtheilt, wenn diese Gesetze der Aufrechthaltung jener Verträge günstiger sind,[3] als die Personalstatuten des Domicils jener Ausländer.[4]

2. Die zweite in anerkannter Geltung stehende Hauptregel ist, daß Gesetze über Immobilien, die sogenannten statuta realia, sich nur auf die im Inlande liegenden Immobilien beziehen, während auswärts belegene Grundstücke nach den dortigen Gesetzen beurtheilt werden.[5] Die Rechtsver-

---

in der Absicht, ständig zu bleiben; diese Absicht kann in einem ständigen Gewerbebetriebe an einem Orte liegen, immer ist dies nicht der Fall. Der bisherige Wohnsitz erlischt im Rechtssinn erst mit Wahl eines neuen Domicils. Einl. des L. R. §. 24, A. G. O. I, 2 §. 16, vgl. aber §. 22 ff. Wer sich im Auslande auf Grund eines Auslandpasses, wenn auch behufs eines Erwerbsgeschäfts aufhält, hat sein Domicil noch nicht aufgegeben nach Entsch. des O. T. Bd. 66 S. 274, wo die Arrestirung eines solchen Passes als Personalarrest zugelassen wird. Die Ehefrau hat den Wohnsitz des Mannes nothwendigerweise nach Aufhebung der Ehe bis zu dessen willkürlicher Veränderung. A. G. O. I, 2 §. 87, R. C. P. O. §. 17. Eheliche Kinder theilen den Wohnsitz des Vaters, uneheliche den der Mutter. Sie behalten diesen Wohnsitz, bis sie in rechtsgültiger Weise einen neuen begründen. Das preußische Recht bezeichnet den bloß durch die Eltern vermittelten Wohnsitz als Ort der Herkunft — forum originis — A. G. O. I, 2 §. 17 ff. Einl. §. 25. Den allgemeinen Gerichtsstand haben Militärpersonen im deutschen Reiche bei dem Gerichte des Garnisonorts, Militärpersonen jedoch, welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder welche selbständig einen Wohnsitz nicht begründen, nur bezüglich vermögensrechtlicher Ansprüche, Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 §. 39, ebenso R. C. P. O. §§. 14. 21 Abs. 2. Für ihre persönlichen Eigenschaften und Befugnisse, sowie für die Erbfolge ihnen gegenüber ist nach Kab.-Ordre vom 31. März 1839 nicht ihr Garnisonort, sondern ihr eigentlicher Wohnsitz maßgebend. Keinen Einfluß auf das anzuwendende Recht hat richtiger Ansicht nach die Ausnahmsbestimmung der Kabinetsordres vom 4. Juli 1832 und 5. December 1835 — vgl. R. C. P. O. §. 21 — wonach minderjährige und unter väterlicher Gewalt stehende Personen in Dienst- und Arbeiterverhältnissen für Injurien-, Alimenten- und Entschädigungsprocesse an ihrem Aufenthaltsort ihren persönlichen Gerichtsstand haben. Vgl. freilich unten §. 28 Anm. 6.

3) L. R. Einl. §. 35, z. B. ein für großjährig erklärter Minderjähriger, der gemeinem Recht untersteht, veräußert bei uns Grundstücke. Verwandte Bestimmungen trifft d. W. O. §. 84. Auf Angehörige deutscher Bundesstaaten will die Vorschrift nicht anwenden R. O. H. G. Bd. 6 S. 359. Inländer, welche im Auslande kontrahiren, werden von unsern Gerichten nach inländischem Recht beurtheilt, wenn sie auch dort handlungsfähig wären, aber bei uns dies nicht sind.

4) Auch wird, wer weder Domicil noch bekannte Herkunft hat, je nachdem die statuta personalia seines zufälligen jetzigen Aufenthaltsortes oder die Bestimmungen des Landrechts der Erhaltung eines von ihm geschlossenen Geschäftes günstiger sind, nach dem einen oder dem andern Maßstabe beurtheilt. L. R. Einl. §. 26. Aehnlich endlich die Bestimmungen im Falle des doppelten Wohnsitzes. Ebendas. §. 27.

5) L. R. Einleitung §. 32.

Digitized by Google

hältnisse der Mobilien sollen sich hingegen nach dem Domicile ihres Eigenthümers richten. Dies bestimmt das Landrecht in Gemäßheit des altherkömmlichen Spruches mobilia ossibus insunt.[6] So unzweideutig aber auch diese Regel im Gesetze ausgedrückt ist, so hat sie doch fast keine praktische Geltung, vielmehr unterliegen regelmäßig alle im Inlande befindlichen Mobilien dem inländischen Gesetze. Die allgemeinen Regeln über Kollision der Gesetze treten nämlich nur ein, wenn sich die speciellen Gesetze nicht ersichtlich eine andere Anwendungssphäre geben. Nun beziehen sich aber gerade die einzelnen Rechtsbestimmungen über Mobilien, z. B. über deren Veräußerung oder Verpfändung, im Interesse der Sicherheit des Verkehrs fast durchgängig auf alle Mobilien, welche im Inlande sind, ohne Rücksicht auf das Domicil ihres Eigenthümers.[7] Wenn man früher wenigstens die Regelung der Erbfolge in das Mobiliarvermögen eines Verstorbenen aus dem Principe herzuleiten suchte, daß das Recht an Mobilien sich nach dem Domicil ihres Eigenthümers richte, so hat die Herleitung ihre Bedeutung verloren, seitdem man allgemein annimmt, daß sich der gesammte Nachlaß nach dem Rechte des letzten Domicils des Erblassers vererbt,[8] ohne Unterschied, ob es

6) L. R. Einl. §§. 28—31.

7) Ersichtlich ist namentlich, daß die Bestimmung, wonach Mobilien nicht durch bloßen Vertrag, sondern nur durch Besitzübertragung verpfändet werden, sich auf alle im Inlande belegene Mobilien beziehen, und daß es keinen Unterschied machen kann, ob dieselben einem Inländer oder Ausländer gehören. Gleiches gilt von der Ausschließung oder Beschränkung der Vindication, z. B. im Falle des Erwerbs in öffentlicher Versteigerung. Insofern leidet jedoch dies Alles wiederum eine Modifikation, als die Rechtsnormen unseres Territoriums regelmäßig nicht die Bestimmung haben, auch auf solche Mobilien Anwendung zu finden, welche nur vorübergehend unser Gebiet passiren, wie z. B. bei Fahrzeugen der Fall ist. Vgl. Bar l. c. S. 201.

8) Allerdings ist nach preußischem, wie nach gemeinem Rechte die Frage der Erbfolge in Immobilien bestritten. Die ältere gemeinrechtliche Theorie wendete auch hinsichtlich der Erbfolge in die Immobilien das Recht des Ortes an, in dem sie liegen, also die statuta realia; die neueren gemeinrechtlichen Schriftsteller erachten die statuta personalia des letzten Domicils des Erblassers für entscheidend, da nach dem Begriffe der Universalsuccession die Erbfolge in das ganze Vermögen sich nach einem und demselben Rechte richten müsse. Savigny Bd. 8 S. 316. Die Verfasser des Landrechts selbst haben wohl der ersteren Ansicht gehuldigt. In einer Entscheidung der Gesetzkommission von 1782, Kleins Annalen I, S. 69, wird dieselbe adoptirt. Die Hinneigung zum Territorialprincip tritt ferner in der Specialvorschrift des L. R. II, 16 §§. 28. 29 hervor, daß, falls Privatberechtigte Ansprüche auf erblose Verlassenschaft erhöben, Jeder das in seinem Bezirk belegene bewegliche und unbewegliche Vermögen des erblos Verstorbenen beanspruchen könne. Immerhin hat das Landrecht das Territorialprincip nirgends allgemein ausgesprochen. Ja die entgegengesetzte Auffassung drückt sich in der Entscheidung der Gesetzcommission vom 20. Mai 1794 — Anh. §. 78 zu L. R. II, 1 §. 495 — aus, nach welcher sich die Erbfolge der Ehegatten auch in die Immobilien verstorbener Ehegatten nach deren persönlichem Gerichtsstande regeln soll. So hatte die neuere preußische Jurisprudenz freie Hand. Sie entschied sich nach einigem Schwanken, dem Begriffe der Universalsuccession entsprechend, für die Einheit der Erbfolge, womit denn auch die Schwierigkeit wegfällt, welche sich für die Regelung der Erbschaftsschulden dann ergibt, wenn man die Erbfolge in die Mobilien und in die Immobilien verschieden gestaltet. Vgl. Witte, Intestaterbrecht S. 49. Heydemann I, S. 102. Koch, Erbrecht S. 29 ff. Bornemann I, S. 56 ff.

Digitized by Google

sich um testamentarische, vertragsmäßige oder Intestaterbfolge handelt und zwar so, daß dies auch für die Weise des Erwerbs gilt.

3. Eine letzte Regel des gemeinen Rechts war die, daß Gesetzesvorschriften über die Form einer juristischen Handlung zwingende Kraft nur für im Inlande vollzogene Rechtsakte haben, so daß im Auslande errichtete Geschäfte dann gültig sind, wenn deren Form den Anforderungen des Rechts des Ortes der Errichtung entspricht. Auch diese Regel ist im preußischen Recht recipirt.[9] Begreiflich sind aber auch die inländischen Formen als genügend anzusehen.[10]

§. 28. Andere Regeln.

Die angeführten, im Landrechte aufgenommenen Regeln geben für eine Menge von zweifelhaften Rechtsverhältnissen keine Anleitung. Insbesondere ist nichts aus denselben über die wichtige Frage zu entnehmen, nach welchem Rechte Rechtsverhältnisse aus Obligationen zu beurtheilen sind.[1]

Der richtigen Ansicht nach sind Kontraktsobligationen nach dem Rechte des Ortes zu beurtheilen, welcher zu deren Erfüllung bestimmt war, so daß wir das ausländische Recht anwenden müssen, falls die Erfüllung der Obligation im Auslande geschehen sollte, auch wenn das Inland Kontraktort war und hinterher Klagort wird. Es rechtfertigt sich dies durch die Erwägung, daß unsere Gesetze nicht ein zufälliges Eingreifen in Rechtsverhältnisse bezwecken werden, bei deren Begründung man die Anwendung des bei uns geltenden Rechts nicht in Betracht zog.[2] Hiernach ist aber auch anzunehmen, was

---

9) Das Landrecht selbst spricht den Grundsatz nicht allgemein aus (wenn man nicht in Einl. §. 33 die Worte „Provincialgesetze und Statuten" geradezu für Gesetze jeder Art nehmen will), wohl aber erkennt es ihn an in mannichfachen Einzelanwendungen, insbesondere für Verträge I, 5 §. 111 ff. §. 148, für Wechsel II, 8 §§. 936. 937, für Urkunden A. G. O. I, 10 §. 115. Eine richtige Methode der Interpretation sieht hierin nicht Specialvorschriften, sondern die Aeußerung eines Princips, welches, wie so oft im Landrechte, nur in Einzelsätzen zu Tage tritt. So thut auch das Obertribunal Entsch. Bd. 35 S. 368 und wendet den Grundsatz namentlich an auf die Form der im Auslande errichteten Testamente. Dies fordert auch das praktische Bedürfniß, da im Auslande die Anwendung der Formen preußischer Testamente nicht leicht thunlich ist. Vgl. über die Streitfrage Schering, Abh. Bd. 2. S. 168 ff. Gegner ist besonders Koch, Commentar, Einl. z. L. R. §§. 23. 33. Für die Form der Eheschließung gelten dieselben Grundsätze, vgl. Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 §. 41.

10) Im übrigen hat das Landrecht klüglich die Lehre der s. g. statuta mixta völlig bei Seite gelassen.

1) Namentlich kann die Regel locus regit actum hierfür in keiner Weise in Betracht kommen.

2) Die Ansichten sind getheilt. Manche halten den Kontraktort für maßgebend, dem schloß sich auch ein älteres Präj. des O. Trib. n. 903 an. Die jetzt theoretisch und praktisch überwiegende Meinung entscheidet sich für das Recht des Erfüllungsorts,

Digitized by Google

freilich die herrschende Meinung verneint, daß unsere Verjährungsgesetze auf solche Forderungen nicht anwendbar sind, welche im Auslande zu erfüllen waren und nun gleichwohl bei uns klagbar werden. Die Willkür nämlich, welche in der Beendigung eines Rechts durch Zeitablauf immer liegt, wird nur dadurch gemäßigt, daß der Gläubiger den Eintritt dieses Beendigungsgrundes in Berechnung ziehen konnte, weil er ihn vorzusehen vermochte. Ein zufälliges Eingreifen eines Verjährungsgesetzes ist hingegen als der inneren Rechtfertigung bar, nicht als Gesetzesabsicht zu unterstellen.[3] Aus ähnlichen Gründen bestimmen sich Deliktsansprüche nach dem Orte der beschädigenden Handlung[4] und gesetzliche Verpflichtungen nach dem Orte, wo sich die zu Grunde liegenden Thatsachen vollziehen,[5] damit die Gesetze anderer Orte nicht auf im voraus unberechenbare Weise eingreifen.[6] Aus diesem Gedanken

der aber vom Bestimmungsort zu unterscheiden ist, vgl. unten Bd. 2 §§. 57. 58. Hiefür Savigny Bd. 8 S. 267 — dagegen freilich Bar a. a. O. S. 233. Demnach spricht insbesondre das R. O. H. G. Bd. 9 S. 8 und a. a. O. als Regel aus, daß der vertragsmäßige Erfüllungsort für das örtliche Recht der Obligation nach allen Richtungen hin entscheidend ist. Auch das O. Trib. neigt sich derzeit dieser Auffassung zu, formulirt dieselbe jedoch dahin, daß es in jedem einzelnen Falle darauf ankomme, von welchem Recht die Kontrahenten als Grundlage ihrer Vereinbarung allen Umständen nach ausgegangen sind und welches sie wirksam lassen werden wollten, Gruchot Bd. 12 S. 98 ff.

3) Die Frage ist eine kontroverse und es stehen die beiden höchsten Gerichtshöfe auf verschiednen Seiten. Der eine Theil der Juristen hält die Gesetze über Verjährung für Proceßvorschriften und will deshalb das Recht des Klagorts, d. h. des Domicils des Verklagten anwenden. Dieser Ansicht hat sich das O. Trib. angeschlossen, so jedoch, daß es für den Fall einer kürzeren inländischen Verjährungszeit Ausnahmen statuirt, Präj. n. 1524, Entsch. Bd. 11 S. 232. Uebereinstimmend Bornemann S. 113. Das R. O. H. G. Bd. 14 S. 259 betrachtet dagegen mit Recht die Verjährung nicht als Proceßinstitut, sondern als Institut des materiellen Rechts, welches den Bestand des in Rede stehenden Forderungsrechts berühre, und beurtheilt sie nach den Gesetzen, welche für das in Frage befindliche obligatorische Recht überhaupt, namentlich für die sonstigen Erlöschungsgründe desselben maßgebend sind. So auch Savigny S. 273, Koch zu §. 33 der Einl. Förster Bd. 1 §. 11 Anm. 49. Nicht einmal das ist übrigens zuzugeben, daß unser Richter unterscheidungslos die einheimischen Proceßvorschriften zur Anwendung zu bringen habe, es gibt Proceßgesetze, die abweichend von der Regel ihrem Grunde nach nur die in der Heimath entstandnen Verhältnisse bestimmen sollen. Die dem französischen Recht angehörige Ausschließung des Zeugenbeweises z. B. ist nur auf im Bereiche dieses Rechts, nicht auf außerhalb geschloßne Verträge anzuwenden. Vgl. Entsch. Bd. 50 S. 362. Andrer Ansicht Förster Bd. I, §. 11 Anm. 48.

4) So auch Präj. des O. T. n. 1321*, Entsch. Bd. 9 S. 381. Auch diese Frage ist kontrovers. Savigny hält S. 276 den Klagort für maßgebend. Eine besondre Ansicht hat Förster Bd. I, §. 11 Anm. 35. — Die Normen des H. G. B. Art. 736 ff. sind übrigens auch für Beschädigungen deutscher Schiffe auf offner See bestimmt. Ausdrücklich stellt ferner das Gesetz vom 11. Juni 1870 §. 22 den Nachdruck im Auslande dem im Inlande gleich.

5) Förster will Bd. I, §. 11 Anm. 34 den Wohnsitz des Berechtigten entscheiden lassen.

6) Nach welchen Gesetzen sind die Rechte aus außerehelicher Schwängerung zu beurtheilen? Vgl. über die verschiednen Ansichten Bar S. 362. Entscheidend für die Beantwortung ist der juristische Charakter dieser Rechte. Die Rechte der Stuprir-

Digitized by Google

rechtfertigt sich endlich die eine gemeinrechtliche Streitfrage entscheidende Bestimmung des Landrechts, daß die Güterrechte der Ehegatten sich nach den Statuten ihres ersten Domicils dauernd regeln und sich im Falle einer Verlegung des Domicils nach einem Orte mit anderm gesetzlichem Güterrechte nicht ändern; denn die Absicht eines Eingreifens solcher Statuten in bereits bestehende Verhältnisse ist keineswegs zu unterstellen. [7]

§. 29. Persönliche Befreiungen von der Anwendbarkeit der Gesetze.

Von der Regel, daß diejenigen einheimischen Rechtsnormen, welche den Personen- und Familienstand betreffen, sämmtliche Einwohner des Staates verbinden, existiren gewisse persönliche Ausnahmen.

1. Dem Principe nach ist auch der König und dessen Familie den privatrechtlichen Gesetzen des Landes unterworfen. [1] [2] Nur in allen Beziehungen

---

ten selbst gründen sich auf die Annahme eines Uebergewichtes der Verschuldung beim Manne im Falle einer außerehelichen Schwängerung, weshalb man ihm die Folgen in mehr oder weniger umfassender Weise zur Last legt. Für solche Deliktsansprüche aber ist der Ort des Vergehens, also des Konkubitus, entscheidend. Hiermit ist auch einverstanden das O. Trib. in dem bei Gruchot Bd. 21 S. 821 abgedruckten Erkenntnisse. Die Ansprüche des Kindes gegen seinen Erzeuger wurden allerdings von der älteren Theorie gleichfalls als Deliktsansprüche betrachtet, so daß ebenfalls der Ort des Konkubitus entscheiden müßte. Die neuere und herrschende Theorie hingegen betrachtet die Rechte des Kindes als familienartige. Hiernach ist entscheidend das erste Domicil des Kindes, welches sich nach allgemeinen Grundsätzen bestimmt durch das Domicil der Mutter im Augenblick der Geburt. Das Obertribunal hat jedoch durch Plenarbeschluß vom 1. Februar 1858, Präj. 2695, Entsch. Bd. 37 S. 1 das Domicil der Mutter im Momente der Konception für den entscheidenden Ort erklärt, indem es von der Ansicht ausgeht, die Rechte des Kindes entstünden bereits mit der Konception, nur deren Ausübung sei durch die Geburt bedingt. Da die unehelich Gebärende in der Konceptionszeit das Domicil gewechselt haben kann, so ist der Plenarbeschluß wenig glücklich. Vgl. in dieser Hinsicht Striethorst Bd. 63 S. 252. Unter dem Domicil versteht übrigens das O. Trib. bei Gesinde den Ort des Dienstes, sofern dasselbe den Kab.-Ordres vom 4. Juli 1832 und 5. December 1835 unterliegt, weil dasselbe in Alimentensachen dort seinen Gerichtsstand hat — Entsch. Bd. 62 S. 1, sieh ferner Bd. 77 S. 69. — Der Grund ist nicht durchschlagend, vgl. oben §. 27 Anm. 2.

7) L. R. II, 1 §. 350—355. Entsch. Bd. 69 S. 103.

1) Die Römer zogen aus dem Begriff der absoluten Monarchie die Konsequenz, daß der Kaiser rechtlich auch den dem Privatrechte angehörenden Gesetzen nicht unterworfen sei, da sein Wille das Gesetz sei. Wenn sich die Imperatoren gleichwohl den privatrechtlichen Gesetzen thatsächlich fügten, so war dies hiernach Gnadensache und Ehrenpflicht. Vgl. l. 31 D. de legibus 1, 3. l. 23 D. de legat. III, l. 3 C. de test. 6, 23. Das deutsche Staatsrecht hingegen hat stets auch den Landesherrn, welcher ja im deutschen Reiche einer Art Verfassungsstaat angehörte, als dem Privatrecht und insoweit den Gerichten unterworfen angesehen. So auch L. R. Einl. §. 80. II, 13 §. 18.

2) Nach römischem Rechte hatte das Vermögen des Kaisers die fiskalischen Privilegien. Nach preußischem Rechte hat das Vermögen des Königs diese Vorrechte nicht, wohl aber das königliche Hausfideikommiß, welches zu den Staatsdomainen gehört, wenn auch die Einkünfte dem Landesherrn zufließen.

Digitized by Google

des öffentlichen Rechts ist der Regent unverantwortlich. Gleichwohl bringt die besondere politische Stellung der herrschenden Familie es mit sich, daß das Personen- und Familienrecht der Glieder derselben sich zunächst nach deren besonderen Hausgesetzen und Verträgen regelt,[3] welche auch für die Formen unter ihnen abgeschlossener Rechtsgeschäfte, ihrer Testamente und ihrer Vormundschaften zunächst maßgebend sind.

2. Es ist ein Vorrecht der ehemals reichsunmittelbaren Familien, daß ihre persönlichen und Familienverhältnisse durch Familienschlüsse geregelt werden können, welche an die gewöhnlichen Schranken des objektiven Rechtes nicht gebunden sind.[4]

3. Ferner tragen, gemäß dem europäischen Völkerrechte, Gesandte und Residenten auswärtiger Mächte — nicht Konsuln und Agenten — gleichsam ein Stück ihres Heimathlandes mit sich und genießen in Folge dessen die Rechte der Exterritorialität.[5] Trotzdem daß sie bei uns thatsächlich ihren Wohnsitz haben, werden sie daher so behandelt, als seien sie auf heimathlichem Boden verblieben. Sie unterstehen folglich unserm Rechte nicht in Bezug auf ihre persönliche und Familienstellung, das preußische Recht findet vielmehr nur insoweit auf sie Anwendung, als dies auch der Fall wäre, wenn sie in ihrer Heimath verblieben wären. Insoweit aber solche Personen Immobilien bei uns erwerben oder Obligationen abschließen, die bei uns erfüllt werden sollen, werden unsere Gesetze zur Anwendung kommen, weil die Gesetze auch dann anzuwenden wären, wenn jene Personen in ihrer Heimath verblieben wären und solche Rechtsakte vorgenommen hätten. Nicht anders verhält es sich mit der Gerichtsbarkeit. Den einheimischen Gerichten sind die territorialen Personen insofern nicht unterworfen, als sich die gerichtliche Zuständigkeit auf das Domicil derselben gründen würde, während unsere Gerichte zuständig sind, insoweit deren Gerichtsbarkeit auf anderen Umständen, z. B. auf dem Gerichtsstande der belegenen Sache, beruht. Umgekehrt sind Preußen, welche im Auslande als Gesandte Preußens oder des deutschen Reichs fungiren, in ihren Rechtsverhältnissen nach ihrem letzten Wohnsitze in der Heimath zu beurtheilen.[6]

---

3) L. R. II, 13 §. 17, Art. III des Gesetzes vom 26. April 1851. Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 §. 100.

4) Vgl. überhaupt die Instruktion vom 30. Mai 1820 §. 11, Verordnung vom 12. November 1855, betreffend den Rechtszustand der vormals reichsunmittelbaren Familien, Gesetz vom 15. März 1869, auf Grund dessen mehrfach Specialgesetze erlassen sind. — V. O. vom 5 Juli 1875 §. 101, Heffter Sonderrechte der souveränen und mediatisirten Häuser, Berlin 1871.

5) Einl. des L. R. §. 36 ff.

6) Einl. des L. R. §. 38. — Außerhalb Preußens stationirte Beamte Preußens haben während ihrer Dienstzeit ihren persönlichen Gerichtsstand in Berlin,

Digitized by Google

§. 30. Zeitliche Wirksamkeit der Gesetze.

Die Gesetze sind dem Loose der Veränderung und Vergänglichkeit nicht entzogen. Wie jede Zeit andere Lebensaufgaben zu erfüllen hat, neue Ziele sich steckt und veränderte Bedürfnisse befriedigen muß, so ist auch die Ordnung der rechtlichen Verhältnisse in stetigem Wandel begriffen. Ein rasches, von subjektiven, augenblicklichen Eindrücken beherrschtes Vorgehen des Gesetzgebers, welches Schritte zurückthun muß, um sich mit der allgemeinen Ueberzeugung und den thatsächlichen Bedürfnissen in Einklang zu bringen, insbesondere auch äußere politische Ereignisse, wie Annexionen und Rückerwerbungen von Landschaften, können sogar diese natürliche Erneuerung zu fieberhaft wechselnder Hast steigern. Es entsteht die Frage, in welchem Umfang die bisher geltenden Rechtsnormen durch die später erlaßnen außer Kraft gesetzt werden? In dieser Hinsicht haben die s. g. Kodifikationen eine ausgezeichnete Stellung, indem sie für bestimmte Rechtsinstitute ausschließliche Geltung unter Beseitigung aller frühern Rechtsnormen in Anspruch nehmen. Hier kann nur zweifelhaft werden, wie weit sich die Grenzen des Instituts, welches kodificirt werden soll, erstrecken.[1] Andre s. g. derogatorische Gesetze dagegen setzen die frühern Rechtsnormen nur insoweit außer Kraft, als sie dieselben besonders aufheben oder mit denselben nicht vereinbare Anordnungen treffen.[2] [3]

Art. III des Gesetzes vom 26. April 1851, Reichsbeamte behalten den letzten persönlichen Gerichtsstand ihrer Heimath, subsidiär haben sie den der Hauptstadt des Heimathstaates, Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873 §. 21. Die letztere Bestimmung wird nach R. C. P. O. §. 16 maßgebend für alle deutsche Beamte, die im Auslande ihren dienstlichen Wohnsitz haben.

1) Man vergleiche §. 14 des Einführungsgesetzes zur Reichscivilproceßordnung, „die proceßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze" treten außer Kraft, da häufig zweifelhaft sein wird, ob eine Norm eine processualische oder materiell rechtliche ist, ferner §. 102 der B. O. vom 5. Juli 1875, wonach die „das Vormundschaftswesen" betreffenden Normen aufgehoben werden, siehe hierüber Dernburg Vormundschaftsrecht S. 22 ff. Besonders problematisch ist die im Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 31. Mai 1870 §. 2 gewählte Fassung, wonach das bisherige Strafrecht, „soweit dasselbe Materien betrifft", welche Gegenstand des Reichsstrafgesetzbuchs sind, außer Kraft tritt.

2) Keine Lösung ist die vielfach am Schluß der Gesetze vorkommende Formel: „alle diesem Gesetz zuwiderlaufende Vorschriften sind aufgehoben." Sie ist überflüssig und selbst inkorrekt, da diese Vorschriften meist für die unter ihrer Herrschaft begründeten Rechtsverhältnisse ihre Bedeutung behalten.

3) Reichsgesetze haben keine umfassendere derogatorische Kraft als Landesgesetze, obgleich sich vielfach eine weiter gehende Tendenz in Litteratur und auch in der Judikatur zeigt. Statuten und Provincialgesetze werden durch neuere allgemeine Reichs- oder Landesgesetze nicht aufgehoben, wenn nicht in letzteren die Aufhebung deutlich verordnet ist. Dies bestimmt L. R. Einl. §. 61 übereinstimmend mit dem gemeinen Recht. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 16 S. 328, Bd. 19 S. 57. Die Richtung der neuern Gesetzgebung geht jedoch überwiegend auf Aufhebung der partikularen Besonderheiten im Recht. Ueber das Verhältniß späterer Landesgesetze zu ältern Reichs-

Digitized by Google

Eine weitere Frage ist, wieweit bestehende Privatrechte durch die neue Gesetzgebung berührt, also verändert oder geradezu beseitigt werden.[4] Der Staat hat die Aufgabe, die Privatrechte der Individuen, die ihm unterthan sind, zu befestigen und zu schützen; die Antastung oder Aufhebung dieser Rechte durch Eingreifen der Gesetzgebung widerspricht daher den Zwecken, um derentwillen der Staat besteht; hieraus ergibt sich der wichtige Satz, daß in der Regel eine rückwirkende Kraft der Gesetze nicht anzunehmen ist,[5] weil eine Vernichtung bestehender Rechte etwas über die gewöhnliche Aufgabe des Gesetzgebers Hinausgehendes, also nicht zu Vermuthendes ist.

Jedoch schließt dies eine Aufhebung bestehender Rechte in außerordentlichen Fällen vermöge eines staatlichen Nothrechtes nicht aus, wenn die wirthschaftliche oder politische Entwicklung, oder auch ethische und religiöse Ueberzeugungen eine solche Maßregel verlangen und die fraglichen Privatrechte demgemäß nach neuerer allgemeiner Anschauung veraltet sind und auf materiellem Unrecht beruhen. In solchen Fällen enthält häufig das Zuerkennen einer Geldentschädigung durch das Gesetz eine entsprechende Ausgleichung. Was aber auch die materiellen Anforderungen an den Gesetzgeber sein mögen, formell ist er unbedingt befähigt, seinen Gesetzen rückwirkende Kraft zu geben. Denn Niemand hat die Macht über den Staat zu Gericht zu sitzen, wenn er sich dafür entscheidet, die Rechte der Einzelnen der Nothwendigkeit des öffentlichen Wohls zu opfern.[6]

---

gesetzen vgl. oben §. 16 Anm. 13. Ob mit Aenderung einer Regel des jus commune das bisherige dasselbe durchbrechende jus singulare mitbetroffen wird, ist Interpretationsfrage, die im Zweifel wie überhaupt die Annahme der Derogation zu verneinen ist.

4) Bergmann das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze 1818, Wächter II, S. 159 ff. Savigny Bd. 8 S. 368 ff. Bornemann Erörterungen S. 1 ff. Lassalle das System der erworbnen Rechte Bd. I, 1861. Rinteln über den Einfluß neuer Gesetze nach römischem und preußischem Rechte, Breslau 1877. L. R. Einl. §§. 14. 17. 19. 51. Für die Detailanwendung können dem preußischen Richter die allerdings nur transitorischen Bestimmungen der Publikationspatente zum Landrecht von 1794 wie 1814 und nachher zum Anhalt dienen, soweit sie auf allgemeinen Grundsätzen beruhen und nicht bloß mit Rücksicht auf die besondern damals maßgebenden Verhältnisse getroffen waren. Vgl. Rinteln a. a. O. S. 60.

3) L. R. Einl. §. 14: Neue Gesetze können auf schon vorher vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden, l. 7 C. de legibus 1, 14. — Savigny Bd. 8 S. 375 unterscheidet Rechtsnormen, welche die Frage des Erwerbs oder Verlustes von Rechten regeln. Solche sollen keine rückwirkende Kraft haben. Diesen setzt er entgegen Rechtsregeln, welche das Sein oder auch das Anderssein eines Rechtsinstituts bestimmen. Solche Rechtsnormen sollen der Regel nach bereits begründete Rechte betreffen. Richtig ist hieran aber nur, daß Rechtsnormen der letzteren Art häufiger sich eine rückwirkende Kraft beilegen werden. Ein principieller Unterschied zwischen beiden Arten von Rechtsnormen ist hingegen nicht zu machen. Vgl. auch Windscheid I, §. 32 Anm. 6.

6) Lasalle freilich behauptet l. c. S. 55, ein Gesetz, welches sich rückwirkende Kraft beilege, sei für den Richter unverbindlich.

Digitized by Google

§. 31. Fortsetzung.

Im Einzelnen ergeben sich folgende Sätze:

1. Gewöhnlich beschränkt man die Ausschließung der Rückwirkung auf erworbene Rechte (jura quaesita), also auf solche Rechte, welche durch eine Handlung des Berechtigten ins Leben traten. Jedoch existirt kein Grund für die Annahme, daß bestehende Rechtszustände anderer Art, z. B. die Rechtsstellung als eheliches oder uneheliches Kind oder das Recht der Volljährigkeit, als in Folge später erlassener Gesetze beseitigt[1] gelten müßten.[2] Nicht gesichert sind dagegen bloße Hoffnungen,[3] Erwartungen, Möglichkeiten,[4] die

---

1) Hiernach haben die Publikationspatente von 1814 §. 14, desgleichen von 1816 — für Posen §. 18, für Sachsen §. 14 — ausdrücklich verfügt, daß die nach dem früheren Rechte eingetretene Volljährigkeit durch den längeren landrechtlichen Termin unangetastet bleibe. Darnach war man auch neuerdings, als man das am 9. December 1869 publicirte Gesetz berieth, welches die Volljährigkeit für ganz Preußen auf das 21. Jahr setzte, nicht zweifelhaft darüber, daß hierdurch die Bewohner des hannoverschen Amts Hadeln, welche nach bisherigem Rechte mit dem 18. Jahre volljährig geworden waren, nicht wieder minderjährig würden, wenn sie auch bei Erlaß des neuen Gesetzes jünger als 21 Jahre wären. — Anderer Ansicht Windscheid I, §. 32 Anm. 4, indem er die Ausschließung der Rückwirkung neuer Gesetze auf erworbene Rechte beschränkt.

2) Die Ausschließung der Rückwirkung neuer Gesetze bedingt auch, daß Rechtsakte, welche unter der Herrschaft des alten Gesetzes vorgenommen wurden, Geltung behalten, wenn sie zwar dessen Anforderungen, nicht aber denen des neuen Gesetzes entsprechen. Vgl. Publikationspatent von 1814 §§. 11. 12. Eine positive Ausnahme machten indessen die Publikationspatente von 1816 für die sogenannten holographischen Testamente des französischen Rechtes, denen nur eine noch einjährige Gültigkeit belassen wurde. Umgekehrt bleiben dem Principe nach Rechtsakte nichtig oder ungültig, welche bei ihrer Errichtung nichtig oder ungültig waren, wenn sie auch unter der Herrschaft des neuen Gesetzes gültig hätten errichtet werden können, z. B. Geschäfte, die ein zweiundzwanzigjähriger Preuße vor dem 1. Juli 1870 ohne Zustimmung des Vormundes vollzog, wurden nicht dadurch hinterher gültig, daß seitdem zweiundzwanzigjährige Männer volle Handlungsfähigkeit haben. Jedoch sollen nach L. R. Einl. §. 17 Geschäfte, welche wegen Mangels der Form nach dem Gesetze zur Zeit der Errichtung ungültig waren, Geltung erhalten, wenn nur die nach dem neuern Gesetze erforderlichen Formen angetroffen werden. Jedenfalls wird Kläger die Ernstlichkeit des Willens darzuthun haben, welche bei der Wahl einer zur Zeit der Errichtung unzureichenden Form zweifelhaft ist. Was hingegen ursprünglich nur Vorbereitungshandlung war und sein sollte, kann auf Grund jener Bestimmung nicht hinterher bindende Geltung bekommen. Weiter noch geht das O. Trib., Präj. 2097 in Entsch. Bd. 17 S. 509 und mit ihm R. O. H. G. Bd. 5 S. 253, indem sie mit Rücksicht auf den Gegensatz zu L. R. I, 3 §. 43 annehmen, daß sich die Bestimmung der Einl. §. 17 auf wesentliche Vertragsformen nicht bezieht. Anders freilich Rinteln a. a. O. S. 73.

3) Die Intestaterbfolge richtet sich daher nach den Vorschriften des Gesetzes, welches zur Zeit des Anfalls der Erbschaft bestand. Publikationspatent von 1794 §. 13. Eine positive Ausnahmsbestimmung für die Erbfolge der Ehegatten enthält das gedachte Patent §. 14, wie die späteren Patente, indem es dem überlebenden Ehegatten die Wahl läßt, ob er nach dem Intestaterbrechte zur Zeit des Abschlusses der Ehe oder des Erbanfalls erben wolle.

4) Wurde, während ein Schuldner in Verzug war, ein Gesetz erlassen, welches die Wirkungen des Verzugs anders bestimmt als das frühere Recht, so ist für die vor

Digitized by Google

sich unter der Herrschaft des alten Gesetzes hätten verwirklichen können. Demgemäß unterliegt auch z. B. eine zur Zeit des alten Gesetzes begonnene, aber noch nicht vollendete Verjährung einem neuen Verjährungsgesetze, da das Recht des Präscribenten noch im Entstehen war, so jedoch, daß auch die vor Erlaß des neuen Gesetzes abgelaufene Zeit der Regel nach in die Verjährung eingerechnet wird. [5]

2. Das neue Gesetz hat rückwirkende Kraft nicht nur dann, wenn es dies ausdrücklich vorschreibt, sondern auch wenn diese Wirkung sonst unzweideutig als sein Wille sich ergibt. [6] Eine Rückwirkung wird namentlich dann häufig im Willen des Gesetzgebers liegen, wenn derselbe ein bisher bestehendes Rechtsinstitut schlechthin außer Kraft setzt, z. B. indem es das Recht des Vaters beseitigt, eine Verlängerung der Bevormundung seiner Kinder über die Jahre der Minderjährigkeit hinaus zu bestimmen.

Wir können aber eine Rückwirkung ersten und zweiten Grades unterscheiden. Eine Rückwirkung der ersten Art liegt vor, wenn das neue Gesetz hindert, daß früher begründete Rechtsverhältnisse nach dem Inkrafttreten des Gesetzes noch diejenigen Wirkungen erzeugen, welche damit nach dem alten Gesetze

---

Erlaß des Gesetzes abgelaufene Zeit das alte Gesetz maßgebend, dagegen das neue Gesetz für die Zeit nach Erlaß desselben. Denn dem Gläubiger waren, als das neue Gesetz erschien, Rechte nur für die Zeit der Vergangenheit erwachsen, dem neuen Gesetze blieb daher unbenommen, die Höhe des Interesses des Gläubigers für die Folgezeit anders zu bestimmen. — Vgl. auch Präj. des Obertribunals 1773.

5) Dies ist das Princip; anders freilich Präj. d. Obertribun. 2210. Entsch. Bd. 19 S. 260. Daher muß die Frage, ob die Voraussetzungen des Beginns einer noch laufenden Verjährung vorhanden waren, nach den Bestimmungen des neuen Gesetzes beurtheilt werden. Die entgegengesetzte Ansicht des Obertribunals Präj. 926 und sonst, ist unrichtig; vgl. Koch Kommentar zum Publikationspatent Anm. 25, Windscheid I, §. 32 Anm. 10. Besondere Erwägungen treten aber ein, wenn das neue Gesetz eine kürzere Verjährung einführt, als bisher bestand. Einestheils kann es nämlich nicht als Intention des neuen Gesetzes gelten, durch sein zufälliges, nicht vorhergesehenes Eintreten die Rechte dessen abzuschneiden, gegen welchen die Verjährung sich richtet; als Absicht eines solchen Gesetzes ist daher anzusehen, daß die neuere kürzere Verjährungsfrist erst vom Erlaß des Gesetzes sich berechne. Andererseits war aber die Absicht des neuen Gesetzes doch auf Einengung, nicht auf Verlängerung der bisherigen Verjährungszeit gerichtet. Es wird daher dieser Intention gemäß die angefangene Verjährung des alten Gesetzes fortlaufen, sofern nicht die neuere kürzere Frist rascher zum Ziele führt. Betrug also die Zeit der alten Verjährung 30 Jahre, und waren 29 Jahre verflossen, als eine zweijährige Verjährung eingeführt wurde, so läuft der präsumtiven Intention des neuen Gesetzes nach die alte Verjährung fort und vollendet sich nach einem Jahre. Vgl. Publikationspatente von 1794 §. 17, von 1816 §. 16 für Posen, §. 12 für Sachsen. Gesetz über kürzere Verjährungen vom 31. März 1838 §. 7. Die Meinungen der gemeinrechtlichen Juristen über diese Frage sind getheilt.

6) Das Publikationspatent von 1794 §. 10, darnach auch die späteren — für Posen und Sachsen §. 6 — machte folgende Unterscheidung. Die Folgen einer unter der Herrschaft des alten Gesetzes vorgenommenen Handlung sollten nach altem Rechte beurtheilt werden, wenn es nicht mehr in der Gewalt des Betheiligten stand, die rechtlichen Folgen neu zu bestimmen. Wo dies aber in der Gewalt des Betheiligten stand, sollten nach Publikation des Landrechts dessen Bestimmungen befolgt werden.

Digitized by Google

verbunden waren; z. B. es hebt ein neues Gesetz die Laudemialpflicht und damit künftig fällige Laudemialabgaben auf. Eine Rückwirkung schärferer Art ist es, wenn das neue Gesetz auch diejenigen Ansprüche vernichtet, welche bereits unter der Herrschaft des alten Gesetzes Fälligkeit und Klagbarkeit erlangt hatten; es würden z. B. auch die rückständigen, bereits fälligen Laudemialabgaben aufgehoben.[7] Ist die Rückwirkung neuer Gesetze überhaupt nichts zu Vermuthendes, so wird namentlich eine Rückwirkung der zweiten Art nur äußerstenfalls anzunehmen sein, weil es der Rechtsidee zuwiderläuft, daß der bloße Zufall der Verzögerung der Geltendmachung des Anspruchs für dessen Existenz von entscheidender Bedeutung wird.[8]

---

7) In solchen Fällen würde das Gesetz unter Umständen sogar rechtskräftig festgestellte Verpflichtungen beseitigen.

8) Wie bereits bemerkt, hat das Gesetz v. 9. Dec. 1869 den Beginn der Volljährigkeit vom 24. auf das 21. Jahr herabgesetzt. Wenn nun in älteren Rechtsgeschäften der Anfall eines Rechtes „von der Volljährigkeit eines Individuums abhängig gemacht ist," so frägt es sich, ob inskünftige das 24. oder das 21. Jahr bestimmend sein muß. Es handelt sich aber hier nicht um Rückwirkung des neuen Gesetzes, sondern die Auslegung des Rechtsgeschäfts. Der Regel nach wird auch bei der Auslegung solcher älteren Geschäfte die Volljährigkeit gleich dem 24. Jahre zu nehmen sein, da beide Zeitbestimmungen im Geiste des Disponenten zusammenfielen und nur die Vollendung des 24. Lebensjahres mit der Volljährigkeit bezeichnet werden sollte, vgl. L. R. I, 4 §. 66. Es kann aber die erkennbare Absicht auch gewesen sein, bloß die Zeit der Bevormundung auszuschließen und das fragliche Recht von der Volljährigkeit als solcher ohne Rücksicht auf die Zeit ihres Eintritts abhängig zu machen. In solchen Fällen ist nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes das 21. Jahr entscheidend. Vgl. übrigens Hoffmann bei Gruchot Bd. 16 S. 90 ff., sieh auch S. 111 daselbst.

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.

Die Privatrechte nach ihren Arten und Voraussetzungen.

Erstes Kapitel.

Umfang, Klassifikation der Rechte.

§. 32. Privatrecht und öffentliches Recht.

Oeffentliches und Privatrecht sind ihren Grundlagen nach verschieden. Das öffentliche Recht, welches die Verhältnisse der Gesammtheit ordnet, ist einzig durch die Bestimmungen des Staats gegeben, das Privatrecht hingegen wurzelt in dem Gedanken, daß dem Individuum als solchem kraft seiner Persönlichkeit unmittelbar Rechte zukommen. Der Staat regelt daher die Privatrechte, aber er erfindet sie nicht, er sichert sie, aber er hat sie nicht erst geschaffen. Hierauf beruht die relative Selbständigkeit des Privatrechts gegenüber der staatlichen Gewalt, seine Unverletzlichkeit, welche im Principe auch durch die wichtigste Urkunde über das öffentliche Recht Preußens, die Verfassung — Art. 9 —, gewährleistet wird.

Nicht also die Gegenstände, welche das Privatrecht behandelt, charakterisiren dasselbe vorzugsweise. Beschäftigt es sich insbesondere mit dem Vermögen, mit der Familie und mit verwandten gesellschaftlichen Beziehungen der Individuen, so wirkt doch auch das öffentliche Recht auf diese Verhältnisse ein. Auch nicht das ist bestimmend, ob die Ausübung und Geltendmachung einer Befugniß dem freien Entschlusse des Berechtigten anheimgegeben ist. Denn dies ist nicht bei allen Privatrechten der Fall und kommt andererseits auch bei den Befugnissen des öffentlichen Rechtes vor. Es entscheidet vielmehr über den Charakter eines Rechts als Privatrechts, ob es dem Individuum um seiner selbst willen zukommt oder ob es demselben nur als einem Gliede der Gesammtheit in Folge der Ordnungen derselben verliehen ist.

Der Organismus des Rechts beruht demnach gleichsam auf zwei Polen, dem Individualismus und dem Socialismus. Die Ausgleichung der gegensätzlichen Richtungen ist darin zu suchen, daß den Rechten des Individuums nicht weiter Raum gegeben wird, als sich mit dem Wohl des Ganzen verträgt, und daß umgekehrt das öffentliche Recht die privatrechtliche Autonomie soweit achtet, als es die allgemeinen Interessen ertragen. Diese Doppelgestaltung des Rechts selbst aber entspricht der doppelten Lebensstellung jedes Einzelnen, die einerseits auf Förderung der eignen Interessen, andererseits auf den Dienst der Allgemeinheit gerichtet ist.

Digitized by Google

§. 33. Konflikt des öffentlichen und des Privatrechts.

Die Vortheile, welche das Privateigenthum in seiner Festigung und Sicherung durch die Staatsgewalt findet, werden gleichsam erkauft durch das Verhältniß der Abhängigkeit, in welche es im Staate tritt. Vermöge dieser Abhängigkeit unterliegt es den vom objektiven Recht unterstellten Beschränkungen, z. B. den s. g. Legalservituten, und untersteht den Wandlungen der Gesetzgebung, durch welche es verändert, beschränkt oder aufgehoben werden kann.

Wegen derjenigen Einwirkungen auf das Privatrecht nun, welche auf einer Aenderung des Rechtes im objektiven Sinne beruhen, hat der verletzte Private an und für sich keinerlei Ansprüche. Seine Privatberechtigung, welche sich nach der allgemeinen Rechtsnorm modelte, verliert mit deren Umgestaltung ihre bisherige positive Unterlage. Der bisher Berechtigte muß die Folgen dieses staatsrechtlichen Souverainetätsaktes dulden und kann nur dann eine Entschädigung verlangen, wenn sie ihm bei Gelegenheit der Rechtsänderung, wie dies das materielle Recht verlangt, besonders zugebilligt ist.[1]

Anders steht es, wenn die Staatsverwaltung im besonderen Falle zur Verwirklichung der ihr gestellten Aufgaben Privateigenthum Einzelner in Anspruch nimmt, ohne daß sich dies als eine Umgestaltung der Rechtsnorm als solcher darstellt.[2] Hier liegt eine Art Konflikt vor zwischen dem Privatrechte, dessen Unterlagen an sich bestehen bleiben, und dem öffentlichen Rechte. Es ist dies der Fall der sogenannten Expropriation. Der Konflikt wird dadurch gelöst, daß der Privatberechtigte vollständige, in der Regel vorgängige Entschädigung erhält.

§. 34. Fortsetzung. Expropriationsrecht.[1]

Nach Art. 9 der Verfassungsurkunde kann das Eigenthum durch die Staatsverwaltung nur aus Gründen des öffentlichen Wohls gegen vorgängige in dringenden Fällen wenigstens vorläufig festzustellende Entschädigung nach Maßgabe des Gesetzes entzogen oder beschränkt werden.[2]

---

1) Kabinetsordre vom 4. December 1831 und Bericht des Staatsraths vom 16. November 1831. Vergl. auch Beseler P. R. §. 20.

2) Ob eine gesetzliche Belastung oder ein Expropriationsfall vorliegt, kann freilich zweifelhaft sein. Entsprechend ist es, die Grundsätze der Expropriation eintreten zu lassen, wo immer die Belastung Einzelne in Folge eines freien Entschlusses der Verwaltung trifft. Vgl. das Rayongesetz vom 21. December 1871 unten §. 217.

1) Vgl. Meyer Recht der Expropriation 1868, Laband Archiv für c. Pr. Bd. 52 S. 153 ff., Grünhut Enteignungsrecht Wien 1873, Rohland Theorie und Praxis des deutschen Enteignungsrechts 1875.

2) Das Recht der Expropriation hat sich in Deutschland zuerst beim Bergbau entwickelt. Später trat sein Bedürfniß bei den öffentlichen Straßen hervor vgl. Edikt

Digitized by Google

Das allgemeinste dieser Gesetze ist das vom 11. Juni 1874,[3] wonach Grundeigenthum aus Gründen des öffentlichen Wohls für Unternehmen, deren Ausführung die Ausübung des Enteignungsrechts erfordert, gegen vollständige Entschädigung, mittels königlicher Verordnung entzogen oder beschränkt werden kann. Dieses Gesetz findet aber keine Anwendung auf die durch besondre Gesetze geregelte Entziehung oder Beschränkung von Grundeigenthum im Interesse der Landeskultur z. B. in Folge von Gemeinheitstheilungen, Entwässerungs- und Bewässerungsangelegenheiten, Deichsachen, Wiesen- und Waldgenossenschaften; auch für Expropriationen im Interesse des Bergbaus und der Landestriangulation, welche besonders geordnet sind, ist es nicht bestimmt.[4] Polizeiliche Verfügungen, welche in einzelnem Fall das Eigenthum im allgemeinen Interesse beschränken, haben die Wirkung von Expropriationen, da solche Verfügungen im Rechtswege nicht angefochten werden können, und dem Betroffnen in diesem nur der Anspruch auf Entschädigung bleibt. Auch diese Art der Enteignung unterliegt, wenn sie auch Grundeigenthum betrifft, besondern Normen.[5] Die Expropriation von Mobilien ist

---

über die Verbindlichkeit der Unterthanen in der Kurmark in Ansehung des Chausseebaus vom 18. April 1792 n. c. c. tom. IX. p. 933. Allgemein erkannte aber das L. R. I, 11 §. 4 die Zulassung der Expropriation an, falls sie zum Wohle des gemeinen Wesens nothwendig war. Von besonderem Einfluß war für die Weiterentwicklung des Expropriationsrechts das Eisenbahngesetz vom 3. November 1838. Wissenschaftlich bestehen übrigens zwei Systeme. Nach dem einen System zählt das Gesetz gewisse Kategorien von Unternehmungen auf — z. B. Wege, Eisenbahnen, Festungen, denen die Expropriationrechte von der Verwaltung verliehen werden können, nach dem andern System genügt das allgemeine Kriterium des öffentlichen Wohls, um die Verwaltung zur Verleihung des Expropriationsrechts zu ermächtigen. Das jetzige preußische Recht nähert sich dem zweiten System.

3) Ueber das Grundenteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 sind zu vergleichen die Kommentare von Bähr und Langerhans 2. Ausgabe 1878 und von Dalcke 1874, ferner Meyer das Recht der Enteignung des Grundeigenthums in Preußen in Behrends Zeitschrift Bd. 8 S. 547 ff., Dernburg und Hinrichs Pr. Hypothekenrecht Bd. I S. 204 ff.

4) Grundentzignungsgesetz §. 54. Vgl. u. A. Deichgesetz vom 28. November 1848 §. 30, Vorfluthsgesetz vom 15. November 1811 §. 16, Fischereigesetz vom 30. Mai 1874 §. 40, Gesetz vom 28. Februar 1842 über Privatflüsse §. 19 ff., Berggesetz vom 24. Juni 1865 §. 135 ff., Gesetz vom 7. Oktober 1865 und vom 3. Juni 1874 über die Landestriangulation.

5) Das Gesetz vom 11. Mai 1842 über die Zulässigkeit des Rechtswegs gegen polizeiliche Verfügungen läßt in §. 2 eine Klage auf Herstellung des frühern Zustands im Rechtswege nur zu, wenn eine Befreiung von der „Verfügung" in Folge besondrer Rechtsnorm oder eines besondern Titels besteht. — Die von Polizeibehörden erlaßnen Verfügungen sind gleichwohl nur dann civilrechtlich unantastbar, wenn sie im öffentlichen Interesse, nicht aber wenn sie bloß zur Wahrung von Privatrechten z. B. des Eigenthums einer Gemeinde erlassen sind, Entsch. des O. Trib. Bd. 78 S. 239. Beispiele wirksamer Polizeiverfügungen sind Sperrung oder Oeffnung eines Wegs im öffentlichen Interesse, Beseitigung eines Stakets an der Straße, Striethorst Bd. 86 S. 81. Es gibt Separatgesetze, welche die bezügliche Befugniß der Polizei noch besonders regeln. So §. 51 der Reichsgewerbeordnung, wonach die höhere Verwaltungsbehörde — der Bezirksrath — wegen überwiegender Nachtheile und Ge-

Digitized by Google

überhaupt nicht allgemein, sondern nur unter speciellen gesetzlichen Voraussetzungen zulässig. So sind im Fall einer Mobilmachung Pferde expropriirbar;[6] es können die zum Bau und zur Unterhaltung öffentlicher Wege erforderten Materialien von fremden Grundstücken entnommen werden, sofern deren Eigenthümer sie nicht selbst gebrauchen, für Eisenbahnen gilt Aehnliches, aber in sehr beschränkter Weise.[7] Besonders wichtig ist die Enteignung von Mobilien im polizeilichen Interesse, worüber nicht selten Specialgesetze besondre Normen geben.[8]

Die allgemeinen Grundsätze der Expropriation sind im Anschluß und unter Berücksichtigung des wichtigsten und umfassendsten der Expropriationsgesetze, des Gesetzes vom 11. Juni 1874 zu entwickeln.

1. Die Expropriation ist Sache der Verwaltung.[9] Die Entziehung oder Beschränkung von Grundeigenthum bedarf regelmäßig einer königlichen Verordnung,[10] [11] welche sie im Allgemeinen anordnet; die Feststellung des

---

fahren für das Gemeinwohl die fernere Benutzung einer jeden gewerblichen Anlage gegen Entschädigung untersagen kann.

6) Näheres Reichsgesetz vom 13. Juni 1873 über Kriegsleistungen.

7) Gesetz über die Enteignung von Grundeigenthum §. 50 ff. Eisenbahnen können nur Schüttungsmaterial zu Aufträgen durch Enteignung in Anspruch nehmen, §. 23 unter 4.

8) Nach dem Reichsgesetz vom 7. April 1869 betreffend Maßregeln gegen die Rinderpest §§. 3 und 4 vergütet das Reich nicht bloß den gemeinen Werth der auf Anordnung der Behörden getödteten, sondern auch der nach rechtzeitiger Anzeige an der Rinderpest gefallnen Thiere, sowie weitere bestimmt aufgeführte Schäden. Andre nicht hervorgehobne Kosten z. B. für Fortschaffung der Kadaver getödteter Thiere fallen dem Landesfiskus zur Last Striethorst Bd. 97 S. 6. Nach dem preußischen Gesetz über Viehseuchen vom 25. Juni 1875 §. 57 ff. vergütet der Staat den gemeinen Werth der auf polizeiliche Anordnung getödteten Thiere, nach dem preußischen Gesetz vom 27. Februar 1878 betr. Maßregeln gegen die Reblaus §. 6 den Werth der hierbei vernichteten oder beschädigten Reben.

9) Auf dem besondern staatsrechtlichen Verhältnisse des Reichs beruht es, daß dasselbe nach Art. 41 Abs. 1 der Reichsverfassung Eisenbahnen, welche im Interesse der Vertheidigung Deutschlands oder des gemeinsamen Verkehrs nothwendig sind, durch Specialgesetz konzessioniren und mit dem Expropriationsrecht ausstatten kann.

10) Grundenteignungsgesetz §. 2. Der Bezirksrath hat die Befugniß vorübergehende Beschränkungen auf längstens drei Jahre, durch welche die Beschaffenheit des belasteten Grundstücks nicht wesentlich und dauernd verändert wird, anzuordnen, ferner zu Vorbereitungshandlungen zu autorisiren, Grundenteignungsgesetz §. 4 und 5. Auch für die Enteignung zur Geradelegung oder Erweiterung öffentlicher Wege, sowie zur Umwandlung von Privatwegen in öffentliche Wege genügt der Beschluß des Bezirksraths, sofern außerhalb der Städte und Dörfer nicht mit Gebäuden besetztes Terrain in Anspruch genommen wird.

11) Wo in den Provinzen der s. g. Selbstverwaltung Regierungspräsident und Bezirksrath in Enteignungssachen zu Funktionen berufen sind, vgl. Grundenteignungsgesetz §. 56, Kompetenzgesetz vom 26. Juli 1876 §. 157, ist in den Provinzen ohne Selbstverwaltung die Bezirksregierung thätig, Grundenteignungsgesetz §§. 3. 4. 14 u. s. f. Die Bestimmung des §. 89 des Gesetzes vom 3. Juli 1875 ist noch nicht praktisch wirksam nach §. 80.

Digitized by Google

Plans im Einzelnen geschieht vorläufig durch den Regierungspräsidenten, nach dessen Offenlegung und Anbringen etwaiger Einwendungen definitiv durch den Bezirksrath, in der Rekursinstanz durch den Handelsminister.[12] Der Rechtsweg findet bezüglich der Frage der Unterstellung eines Grundstücks unter die Expropriation nicht statt.

2. Der Staat nimmt das Enteignungsrecht nicht bloß in eignem Interesse und für sich in Anspruch, er übt es auch aus im Interesse von Kommunen und verleiht es Korporationen wie Einzelnen.[13] Diesen liegt in solchen Fällen die Entschädigungspflicht ob.[14]

3. Die Entschädigung des Expropiirten hat grundsätzlich in dem Ersatz des Werths zu bestehen, welchen die enteignete Sache für ihn nach seinen besondern Verhältnissen hatte, also nach deren s. g. außerordentlichem Werth oder seinem Interesse.[15] Genügt hiernach nicht schlechthin Ersatz des gemeinen Werths, welchen die Sache für Jedermann hat, so ist doch anzunehmen, daß das Interesse den gemeinen Werth dann nicht übersteigt, wenn sich der Berechtigte für den landläufigen Preis eine gleichartige Sache verschaffen kann, die ihm dieselben besondern Vortheile gewährt, wie die enteignete. Bloßes Affektionsinteresse ist natürlich nicht zu berücksichtigen. Prekäre Vortheile, die in Folge der Expropriation entzogen werden, kommen nicht in Anschlag.[16] Die dem Enteigneten aus dem mit Expropriationsrecht versehnen Unternehmen erwachsenden Vortheile können ihm nicht angerechnet werden.[17]

Von diesen Grundsätzen weicht richtiger Ansicht nach das Grundenteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 nicht ab, es billigt dem Enteigneten nicht, wie Viele behaupten,[18] den gemeinen Werth zu, da es vollständige Entschä-

12) Grundenteignungsgesetz §. 15 ff., Kompetenzgesetz §. 157. Ueber Weitläufigkeit des — übrigens seitdem theilweise bezüglich der Behörden abgeänderten — Verfahrens klagt Bering bei Gruchot Bd. 20 S. 665.

13) Grundenteignungsgesetz §§. 2. 7., vgl. 2. R. I, 8 §. 30. Der mit dem Expropriationsrecht Beliehne kann die Ausübung der aus demselben erwachsenden Rechte an Andre soweit abtreten, als dieselben auch so dem mit dem Expropriationsrecht ausgestatteten Unternehmen zu Gute kommen, die aus der Geltendmachung des Expropriationsrechts erwachsenden Pflichten aber liegen ihm persönlich ob. Die Frage ist kontrovers. Entsch. des O. Trib. Bd. 63 S. 94.

14) Ist die Expropriation Seitens der Staatsbehörden, insbesondere der Polizei, im Interesse einer Kommune geschehen, so liegt dieser die Entschädigungspflicht ob, auch wenn der Staat selbst indirekt und in zweiter Linie von der Expropriation Vortheil hat. Vgl. u. A. Striethorst Bd. 75 S. 217.

15) So ausdrücklich 2. R. I, 11 §. 9.

16) Z. B. die Möglichkeit aus einem fremden Brunnen Wasser zu schöpfen — Striethorst Bd. 95 S. 137.

17) Grundenteignungsgesetz §. 10 Abs. 2 vgl. unten Bd. 2 §. 76 Anm. 12.

18) So namentlich Bähr und Langerhans a. a. O. §. 8, mehr vermittelnd Dalcke a. a. O. §. 8. Die Reden bei der Berathung des Gesetzes, welche dasselbe zum Theil in entgegengesetztem Sinn interpretiren, können nicht entscheiden. Die im Text angedeuteten Gründe sind die überwiegenden.

Digitized by Google

digung in Aussicht stellt,[19] womit auch die einzelnen Bestimmungen des Gesetzes übereinstimmen. Insbesondere soll hiernach, wenn nur ein Theil des Grundbesitzes desselben Eigenthümers in Anspruch genommen wird, zugleich Vergütung zu leisten sein für den Mehrwerth, welchen der abzutretende Theil durch seinen örtlichen oder wirthschaftlichen Zusammenhang mit dem Ganzen hatte, sowie für den Minderwerth, welcher dem übrig bleibenden Grundbesitz durch die Abtretung erwächst.[20] Wird nur ein Theil eines zusammenhängenden Grundstücks in Anspruch genommen, so kann der Enteigner ferner Abnahme des Ganzen fordern, wenn dasselbe ein Gebäude ist oder wenn das Restgrundstück in Folge der Zerstückelung nicht mehr zweckmäßig benutzt werden könnte.[21] Der Betrag des Schadens, welchen Nutzungs-, Gebrauchs- und Servitutberechtigte, Pächter und Miether erleiden, und der nicht in der für das enteignete Grundstück zugebilligten Entschädigung begriffen ist, muß besonders vergütet werden.[22]

Einzelne Gesetze z. B. das Deichgesetz beschränken die Entschädigung auf den gemeinen Werth.

Die Entschädigung hat in Geld zu geschehen, soweit nicht durch Specialgesetze Entschädigung in Land vorgesehen ist.[23] Sie ist nach dem Enteignungsbeschluß zu verzinsen, sofern sie nicht bezahlt oder rechtzeitig hinterlegt ist.[24]

4. Die Feststellung der Entschädigung im Fall der Grundenteignung geschieht zunächst im Wege des Administrativverfahrens. Es steht aber gegen dessen Resultat beiden Theilen der Rechtsweg offen.[25]

Das Verfahren ist vom Unternehmer zu betreiben und zwar beim Regierungspräsidenten.[26] Dieser veranlaßt eine kommissarische Verhandlung

---

19) Grundenteignungsgesetz §§. 1. 8. Die vollständige Entschädigung begreift auch entgangnen Gewinn nach dem allgemeinen Grundsätzen, insbesondere durch in Aussicht stehende Verwendung eines Grundstücks als Bauplatz. Vergl. unten Bd. 2 §. 72.

20) Grundenteignungsgesetz §. 8 Abs. 2.

21) Grundenteignungsgesetz §. 9.

22) Grundenteignungsgesetz §. 11. Wäre bloß der objektive Werth zu ersetzen, welcher immer derselbe bleibt, so könnte auf diese Verhältnisse keine Rücksicht genommen werden.

23) Grundenteignungsgesetz §. 7. Vgl. L. R. I, 9 §. 271. II, 15 §. 20.

24) Grundenteignungsgesetz §. 36 Abs. 2, vgl. auch Abs. 3.

25) Grundenteignungsgesetz §. 24 ff. Das Verfahren schließt sich an das im Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 §. 11 festgesetzte an. Weit eher würde sich wie im französischen Recht Einrichtung einer sachverständigen Civiljury empfohlen haben, vgl. auch Dalcke zu §. 24. Grünhut a. a. O. S. 286.

26) Grundenteignungsgesetz §. 24. Die Kosten des Administrativverfahrens trägt der Unternehmer. — Der Unternehmer hat seinem Antrag einen vom Grundbuchamt ertheilten Auszug aus dem Grundbuch beizulegen. Das Grundbuchamt hat mit der

Digitized by Google

mit den Betheiligten[27] unter Zuziehung von Sachverständigen, welche ihr Gutachten über die Höhe der Entschädigung abzugeben haben. Vereinigen sich die Betheiligten hier nicht,[28] so entscheidet der Bezirksrath. Der Rechtsweg gegen dessen Bescheid ist in der Regel nur binnen sechs Monaten nach dessen Zustellung zuständig. Wegen solcher nachtheiligen Folgen der Enteignung aber, welche erst nach der gedachten kommissarischen Verhandlung erkennbar wurden, bleibt dem Beschädigten bis zum Ablauf von drei Jahren nach Ausführung des Theils der Anlage, durch welchen er benachtheiligt wird, ein im Rechtsweg verfolgbarer Anspruch gegen den Unternehmer offen.[29]

5. Die Enteignung vollzieht sich nach allgemeinen Grundsätzen durch Zustellung des Enteignungsbeschlusses an den Enteigneten.[30]

Für die Enteignung von Grundstücken ist maßgebend der Augenblick, in welchem der die Enteignung aussprechende Beschluß des Bezirksrathes beiden Theilen, dem bisherigen Eigenthümer und dem Unternehmer zugestellt ist.[31] Dieser Beschluß ist nach der Regel erst zu fassen, nachdem der Rechtsweg über die zu leistende Entschädigungssumme erledigt und die vereinbarte oder bindend festgesetzte Summe gezahlt oder nach den Vorschriften des Gesetzes hinterlegt ist,[32] in dringenden Fällen, welche thatsächlich überwiegen werden, genügt Zahlung oder Deposition der im Administrativverfahren festgesetzten Summe auch vor Erledigung des Rechtswegs.[33]

Das enteignete Grundstück wird von allen privatrechtlichen Belastungen und Hypotheken frei, welche der Unternehmer nicht besonders übernahm, dagegen tritt die Entschädigung bezüglich aller dinglichen Rechte an die Stelle des enteigneten Grundstücks. Die Entschädigungssumme ist um deswillen, wenn das betreffende Grundstück im Fideikommiß- oder Lehnsverband

---

Ertheilung von Amtswegen eine Vormerkung über die Enteignung einzutragen, ferner der Enteignungsbehörde von allen weiteren Eintragungen während der Dauer des Verfahrens Kenntniß zu geben. Ist ein Grundbuch nicht vorhanden oder reicht es nicht aus, so hat der Unternehmer eine Bescheinigung des Ortsvorstands über Eigenthumsbesitz und die bekannten Realrechte einzureichen.

27) Grundenteignungsgesetz §. 25. Ueber die öffentliche Ladung der Betheiligten unter der Verwarnung, daß bei ihrem Ausbleiben mit Feststellung der Entschädigung vorgegangen wird, siehe daselbst.

28) Die Vereinbarung wird protokollirt. Das Protokoll hat die Kraft einer gerichtlichen Urkunde. Grundenteignungsgesetz §. 26.

29) Grundenteignungsgesetz §§. 30. 31. Die drei Jahre sind Verjährungszeit; der Beginn wird leicht faktisch zweifelhaft sein.

30) Vgl. Striethorst Bd. 97 S. 296.

31) Grundenteignungsgesetz §. 44. Es muß von Amtswegen Abschreibung im Grundbuch veranlaßt werden.

32) Grundenteignungsgesetz §. 32 Abs. 1.

33) Grundenteignungsgesetz §. 34. Ueber die Dringlichkeit entscheidet die Verwaltung endgültig.

Digitized by Google

steht oder mit Reallasten, Hypotheken, Grundschulden belastet ist oder wenn sonstige Berechtigte vorhanden sind deren Ansprüche nicht feststehen, zu hinterlegen.[34]

Die Enteignungserklärung schließt, sofern nichts Andres vorbehalten ist, die Einweisung in den Besitz in sich.[35]

6. Eine Art Ergänzung der Entschädigung im regelmäßigen Fall der Grundenteignung bildet es, daß der Unternehmer zur Einrichtung und Unterhaltung von Anlagen, insbesondere von Wegen und Einfriedigungen, ferner von Bewässerungs-, Entwässerungsanlagen insoweit öffentlichrechtlich verpflichtet ist, als dies zur Abwendung von Schaden für die Nachbargrundstücke und das Publikum nach Ermessen des Bezirksraths nothwendig erscheint.[36]

7. Die juristische Konstruktion des in Folge der Expropriation entstehenden Verhältnisses ist nach preußischem wie nach gemeinem Rechte bestritten. Das Landrecht behandelt die Expropriation in der Lehre vom Kauf als nothwendigen Verkauf gemäß vielverbreiteter Ansicht.[37] Dennoch überwiegt die Verschiedenheit zwischen Kauf und Expropriation die anscheinende Verwandtschaft. Denn der Kaufvertrag erzeugt zweiseitige Verpflichtungen, die Expropriation hingegen begründet keine civilrechtliche Verbindlichkeit des Expropriirten, legt ihm vielmehr nur die Nothwendigkeit auf, sich den Staatsakt der Expropriation gefallen zu lassen. Daher kann er zur Aufnahme eines Vertragsaktes oder zur Mitwirkung bei der Ueberschreibung im Grundbuche nicht angehalten werden. Ferner haftet er nicht für Eviktion und für verborgene Mängel. Nur für dolus steht er in solchen Fällen ein, und wenn er Nichteigenthümer war, für Rückgabe des Expropriationspreises, den er ohne gehörigen Grund empfing.

---

34) Grundenteignungsgesetz §§. 45. 37. Auch bei einer Abtretung durch Vereinbarung, Grundenteignungsgesetz §§. 16. 26, treten unter bestimmten Kautelen die gleichen Folgen gegenüber dinglich Berechtigten ein, Grundenteignungsgesetz §. 46.

35) Grundenteignungsgesetz §. 32 Abs. 2.

36) Grundenteignungsgesetz §. 14. Eine neue Anlage, sowie die Veränderung oder Erweiterung der Anlage kann auch gefordert werden, wenn sich das Bedürfniß erst nach Vollendung oder Inbetriebnahme des Unternehmens herausstellt. Eine Civilklage wegen Errichtung derartiger Anlagen auf Grund des §. 14 ist unzulässig, natürlich aber auf Grund etwaigen speciellen Titels. Auch Schadensansprüche in Gemäßheit der allgemeinen Grundsätze des Nachbarrechts, insbesondere wegen etwaiger schädlicher Immissionen sind im Rechtsweg anzubringen. Vgl. Gruchot Bd. 15. S. 883. Der §. 14 des Grundenteignungsgesetzes findet, da die Absicht einer Rückwirkung nicht zu unterstellen ist, nur auf die Expropriationsfälle Anwendung, welche auf Grund des Gesetzes vom 11. Juni 1874 erfolgten. Bezüglich früherer Expropriationen kann nur geeignetenfalls die eingeschränktere Bestimmung des Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838 §. 14 zur Anwendung kommen.

37) L. R. I, 11. §. 8. Die Frage ist sehr bestritten. Für die Auffassung der Expropriation als Zwangskauf u. A. Gerber §. 174. b. Dagegen Laband a. a. O.

Digitized by Google

§. 35. Ausübung der Privatrechte.

Sind die Lebensverhältnisse thatsächlich dem Rechte gemäß gestaltet, so spricht man wohl von einer Ausübung des Rechts. Im eigentlichen Sinne kann jedoch von einer Rechtsausübung nur dann die Rede sein, wenn die Verwirklichung eines Rechtes durch Handlungen des Berechtigten geschieht. Diese Handlungen, verschieden je nach Inhalt und Zielpunkten der besonderen Rechte, haben ihr Maß begreiflich einzig in den Schranken des Rechtes, auf Grund dessen sie vorgenommen werden. Hält sich daher der Handelnde innerhalb dieser Grenzen, so wird er nicht verantwortlich, wenn er auch durch seine Maßregeln die thatsächliche Stellung eines Anderen beeinträchtigt.[1] Eine Ausnahme von diesem Grundsatze tritt nach preußischem wie nach späterem römischen Rechte jedoch dann ein, wenn die Ausübung des Rechts nachweisbar ohne jedes eigne Interesse nur in der Absicht geschah, um einen Andern zu schädigen.[2] Ein solches Verhalten gilt als dolus und macht schadenersatzpflichtig, da der Ausnutzung des Rechts in solcher Weise die innere Rechtfertigung fehlt.

Mißbrauch in der Ausübung eines Rechts ist doppelter Weise denkbar. Der Mißbrauch kann nämlich einmal in der thörichten und zwecklosen Weise der Benutzung des uns zustehenden Rechtes liegen; solchem Mißbrauche tritt das Privatrecht der Regel nach nicht entgegen, da das Bestreben, die Möglichkeit dieses Mißbrauchs zu unterdrücken, die privatrechtliche Freiheit überhaupt vernichten müßte. Der Mißbrauch kann aber auch darin bestehen, daß man unter dem Schutze der durch die Berechtigung geschaffenen Stellung die Rechte eines Andern kränkt. Dieser Mißbrauch macht natürlich stets verantwortlich, bewirkt aber in vielen Fällen außerdem den Verlust des mißbrauchten Rechtes.[3]

Meyer, Rechte der Expropriation S. 190. vgl. aber Gruchot Bd. 9. S. 81 ff. Entsch. des Obertribunals Bd. 35 S. 390 ff.

1) L. R. Einl. §§. 88—94. I, 6 §. 36. I, 8 §. 26; vergl. l. 21 D. de a. a. p. arc. 39, 3. l. 55. l. 151 D. de R. J. 50, 17. Ein Beispiel ist die Aenderung der Wasserläufe zum Nachtheil von Grundstücken Dritter durch Anlage eines Eisenbahntunnels, Striethorst Bd. 91 S. 61, — anders wenn sie beim Betrieb von Bergwerken geschah, — ein weiteres ist Verkümmerung bisheriger freier Aussicht des Nachbarn durch einen Bau. Vgl. übrigens unten §. 220.

2) L. R. I, 6 §§. 36. 37. I, 8 §§. 27. 28 nach l. 1 §. 12. l. 2 §. 9 D. de a. a. p. arc. 39, 3. Ja das Landrecht drohte sogar II, 20 §. 516 geradezu öffentliche Strafe an, wenn Jemand aus Bosheit oder Schadenfreude sein Recht zum unmittelbaren Schaden eines Andern mißbrauchte.

3) L. R. Einl. §. 107. cfr. I, 23 §. 17. Bereits oben wurde hervorgehoben — §. 25 —, daß man des ertheilten Privilegiums in Folge solchen Mißbrauchs verlustig geht. L. R. Einl. §. 72.

Digitized by Google

§. 36. Kollision der Privatrechte.[1]

Es kommt vor, daß mehrere Personen Rechte gleichartigen Inhalts besitzen, welche nicht sämmtlich neben einander vollständig Raum haben, oder auch daß Rechte entgegengesetzter Natur bestehen, die nicht zusammen ausgeübt werden können. Man spricht hier von einer Kollision der Rechte. Es ist dann einmal der Fall denkbar, daß das eine dieser Rechte beim Zusammentreffen größere Kraft entwickelt, als das andere. Dies beruht der Regel nach auf der besonderen Natur des einen Rechts, welches ihm ein relatives Uebergewicht gewährt; so geht z. B. das Pfandrecht dem Eigenthumsrechte vor. Insbesondere hat das Landrecht nach dem Vorbilde älterer Schriftsteller den weittragenden allgemeinen Satz durchzuführen gesucht, daß wer durch Ausübung eines Rechts Vortheil suche, eine schwächere Befugniß habe, als wer sein Recht zur Abwendung eines Schadens geltend macht.[2] Der zweite Fall ist, daß die mehreren kollidirenden Rechte an und für sich von gleicher Stärke sind. Hier sind römisches und modernes Recht von einander abweichend. Nach römischem Rechte entscheidet Prävention,[3] da der, welcher zuvorkam, durch das gleiche Recht des andern Theils nicht verdrängt werden kann; das moderne Recht sucht eine Ausgleichung durch richterlichen Spruch herbeizuführen. Es wird daher eine solche Kollision durch eine Theilung oder auch durch einen Turnus bei der Ausübung des Rechts vermittelt.[4]

Keine Kollision von Rechten liegt vor, wenn überhaupt nur eine Berechtigung existirt, hingegen bestritten ist, wer Inhaber dieses Rechtes sei, z. B. es ist zweifelhaft, wer von mehreren Brüdern das vom Erblasser „seinem Bruder" zugedachte Vermächtniß zu beanspruchen hat. Nach römischer Rechtslogik kann, wenn der vom Erblasser Gemeinte nicht zu ermitteln ist, keiner der Brüder das Vermächtniß in Anspruch nehmen.[5] Das preu-

---

1) L. R. Einl. §. 95—98.

2) Demgemäß stehen u. A. Ansprüche auf Geldstrafen und Liberalitäten allen anderen Forderungen nach und können im Konkurse nicht geltend gemacht werden, Konkursordn. vom 8. Mai 1855 §. 84, Reichskonkursordnung §. 56. Ferner kann ein für todt erklärter Verschollener nach seiner Zurückkehr Objekte vindiciren, die ein redlicher Dritter von dem Präsumtiverben geschenkt erhielt, während die Vindikation gegen andere redliche Erwerber ausgeschlossen ist, L. R. II, 18 §. 850 u. f. f. Vgl. auch Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 §§. 9. 38 Abs. 2.

3) Occupantis conditio est melior l. 128 D. de R. J. 50, 17 cfr. l. 10 de pign. 20, 1. l. 32 D. de proc. 3, 3.

4) Haben z. B. Mehrere das Recht auf Benutzung eines Brunnens und übt Einer, der eine Fabrik anlegt, das Recht so, daß den Anderen faktisch der Zutritt zum Brunnen verlegt wird, so ist richterlich ein Turnus in der Ausübung vorzuschreiben.

5) l. 9 §. 9 D. de her. inst. 28, 5. l. 10 pr. l. 27 D. de rebus dubiis 34, 5.

Digitized by Google

ßische Recht faßt billigerweise den Fall, wie einen, in dem eine Kollision von Rechten vorliegt.[6] Es läßt daher Theilung eintreten. Falls eine Theilung nicht möglich ist, z. B. bei der Bestimmung des Erstgebornen unter Zwillingen, entscheidet das Loos.[7]

§. 37. Vermögensrechte. Persönliche und dingliche Rechte.

Unter den Privatrechten treten die Vermögensrechte besonders hervor. Vermögen ist der Antheil, welcher dem Individuum an den der menschlichen Wirthschaft dienenden Objekten der Außenwelt zusteht. Zu diesem Antheile zählen wir auch die Ansprüche, vermöge deren uns Andere zur Leistung von Vermögensobjekten gehalten sind; desgleichen gehören zu demselben umgekehrt auch die Verpflichtungen, welche uns in dieser Hinsicht Anderen gegenüber obliegen. In Folge dessen kann die Summe des Vermögens eine negative Größe sein — Passivvermögen —, wenn nämlich der Betrag der Schulden dessen Aktivbestandtheile überwiegt.[1]

Die Vermögensrechte schied nun die römische Jurisprudenz in zwei scharf abgegrenzte Klassen von Rechten, in die dinglichen und in die persönlichen. Erstere Rechte unterstellten eine körperliche Sache unmittelbar der Herrschaft des Berechtigten, so daß sie mittelst einer actio in rem Jedem gegenüber zur Geltung gebracht wurden, welcher sie verletzte. Letztere begründeten Ansprüche gegen eine Person auf eine Leistung, deren Erfüllung nur von ihr mittelst einer actio in personam gefordert werden konnte. Dort also ist die Sache selbst in unserm Vermögen, hier der Anspruch auf deren Leistung. Eine solche Scheidung des dinglichen Rechtes und des bloß persönlichen Anrechts lag dagegen ursprünglich nicht in dem Bewußtsein des deutschen Rechts. Nur allmählig hat die romanistische Theorie diese Klassifikation mehr und mehr in unser Rechtssystem hineingeführt, ohne daß es ihr bis jetzt gelungen ist, dasselbe schlechthin nach deren Anforderungen zu gestalten. Auch das Landrecht hat sich derselben nicht verschlossen; es ist aber im Landrechte diese Sonderung keineswegs mit derjenigen Schärfe durchgeführt, wie sie die römische Folgerichtigkeit aufweist.

Die persönlichen Rechte, welche die Leistung einer speciell bestimmten Sache zum Gegenstande haben, werden nämlich im Landrechte nicht, wie im

---

6) L. R. I, 12 §. 542 u. 543. So auch ältere Schriftsteller, u. A. Schweppe L. Privatr. I. §. 160a. Dagegen u. A. Wächter II. S. 600.

7) L. R. I, 1 §§. 15. 16. Vgl. auch L. R. II, 4 §. 138. I, 12 §. 394. I, 17 §. 28.

1) cfr. L. R. II, 17 §. 158, Anh. §. 19 zu L. R. I, 11 §. 646. — Der Ausdruck „Vermögen" hebt hervor, daß der fragliche Komplex von Rechten eine „Macht" bildet, worin aber diese Macht bestehe, deutet der Ausdruck nicht an. Daher möchte damit der Rechtsbegriff keineswegs, wie Savigny I. S. 340 annimmt, besonders zutreffend bezeichnet sein.

Digitized by Google

römischen Rechte, als selbständige Rechtsindividuen aufgefaßt, deren Inhalt lediglich eine Thätigkeit des Verpflichteten ist, so daß sie mit dessen Leistung ihre Ende erreichen. Das Landrecht behandelt diese Rechte vielmehr, ihren wirthschaftlichen Zwecken gemäß und dem äußeren Totaleindruck nach, als Mittel — sogenannte Titel[2] — zum Erwerbe des zu leistenden Objekts. Dieser Endzweck wiegt ihm der Art vor, daß es schon aus solchen Berechtigungen eine Art von rechtlicher Beziehung zur Sache selbst herleitet und demgemäß auch die Bezeichnung des Rechts zur Sache jus ad rem aufgenommen hat.[3] In Folge dessen verlangt es, daß dritte Erwerber diese Beziehungen beim Erwerb berücksichtigen. Der Begriff des bösen Glaubens, nach römischem Rechte durch die Kenntniß eines fremden dinglichen Rechts an der Sache bedingt, erhält hiernach im Landrecht eine Ausdehnung auf die Kenntniß bloß persönlicher Forderungsrechte zur Sache.

Das neuere Grundbuchrecht hat und zwar insbesondere im Institut der Auflassung das dingliche und das persönliche Element wiederum scharf gesondert.

§. 38. Subjektiv und objektiv dingliche Rechte.[1]

Die thatsächlichen Zustände begründen für gewisse Lebenskreise, insbesondere für landwirthschaftliche Verhältnisse, gleichförmige und stetig sich immer wiederholende Bedürfnisse, welche von dem persönlichen Belieben der Einzelnen und demnach auch von dem Wechsel der Subjekte, welche dem bezüglichen Kreise angehören, wesentlich unabhängig sind. Es macht sich dies besonders in solchen geschichtlichen Epochen geltend, in denen die wirthschaftlichen Verhältnisse großer Klassen der Bevölkerung im Wesentlichen stationär bleiben. Nach den Grundsätzen des römischen Rechtes nun ist es auch dann, wenn dergleichen Verhältnisse vorliegen, Sache der Individuen, durch beständig sich erneuernde Willensakte den thatsächlichen Bedürfnissen entsprechende rechtliche Beziehungen zu erschaffen. Denn das Individuum ist nach römischem Rechte einzig Träger und Mittelpunkt von Rechten und Verbindlichkeiten. Hingegen das deutsche Recht suchte in solchen Fällen eine vom Willen der Einzelnen unabhängige und den Wechsel der Einzelnen überdauernde Rechtsordnung herzustellen, welche einen besonderen Kreis wirthschaftlicher Verhältnisse ein- für allemal und unveränderlich rechtlich bestimmte und Rechte und Pflichten innerhalb derselben stetig regelte. Zu diesem Zwecke

2) L. R. I, 2 §§. 133. 134.

3) L. R. I, 2 §. 124. Vgl. unten §. 184.

4) Gesetz vom 5. Mai 1872 §§. 1. 2. 4 über den Eigenthumserwerb, vgl. unten §. 185.

1) Vergl. Gerber §§. 156. 161, Wächter II, §. 49, Unger I, §. 64 ff.

Digitized by Google

schuf das deutsche Recht die Realrechte und Reallasten, — Rechte und Pflichten, welche die Terminologie des Landrechts als subjektiv und objektiv dingliche bezeichnet.[2] Es knüpft sich hier die Berechtigung und die Verpflichtung untrennbar an eine wirthschaftliche Größe, vorzugsweise an ein Grundstück, aber auch an eine gewerbliche Gerechtigkeit.[3]

Derartige subjektiv dingliche Rechte bilden unter Andern die Grundgerechtigkeiten und die gesetzlichen Nachbarrechte,[4] die auf dem ehemaligen gutsherrlich-bäuerlichen Verband beruhenden Rechte von Rittergütern auf Abgaben und Leistungen, die Grundkuxberechtigungen; es können solchergestalt an ein Grundstück geknüpft sein Patronatrechte und Zwangs- und Bannrechte, sowie Anrechte auf Kirchstühle, auf Erbbegräbnisse oder auf Rechte auf Theilnahme an Gemeinheiten.[5] Rechtsverhältnisse dagegen, welche sich nur thatsächlich beim Wechsel der Person des Guteigenthümers fortzusetzen pflegen, z. B. die Dienstverhältnisse der Gutsarbeiter, gehören nicht hierher.[6] Objektiv dingliche Rechte, welche auf einem Grundstück lasten, bilden die s. g. Reallasten, insbesondere die bäuerlichen Lasten, unter Umständen auch gewerbliche Zwangsrechte, endlich die vom römischen Rechte ausgebildeten Rechte an fremder Sache.[7] Nicht selten knüpfen sich an ein subjektiv dingliches Recht als Korrelat objektiv dingliche Verpflichtungen des Berech-

---

2) L. R. I, 2 §. 125 ff. Die Trübung der Begriffe des dinglichen und des persönlichen Rechts in der Anschauung der Landrechtsverfasser manifestirt sich auch darin, daß sie den Ausdruck dingliches Recht hier in einer rein äußerlichen Weise verwerthen.

3) Während das römische Recht die Berechtigung nur als Attribut einer Person kannte, betrachtet das deutsche Recht die Berechtigung als etwas Selbständiges, Eigenartiges, das zum Dienste der Rechtssubjekte geschaffen, einer unbestimmten Reihe derselben dienen kann. Dies zeigt sich nicht nur in den hier besprochenen subjektiv und objektiv dinglichen Rechten, es hat außerdem diese Grundanschauung zu einer großen Anzahl eigenthümlicher Institute geführt. Es erklärt sich aus jener Anschauung das Inhaberpapier, ferner der Wechsel an eigne Ordre, bei welchem der Aussteller und der Nehmer eine Person bilden und dennoch das Recht bereits fertig dasteht, wenn es auch freilich erst durch Indossament in den Verkehr tritt. In die Reihe dieser Verhältnisse gehört die sogenannte Hypothek an eigner Sache, durch welche der Eigenthümer ein Recht erschafft, das seine volle rechtliche Wirksamkeit erst durch Begebung an einen weiteren Inhaber erlangt.

4) Vgl. Entsch. des Ob. Trib. Bd. 70 S. 107.

5) Nicht subjektiv dinglich sind rückständige Grundabgaben; es hat daher der Nachfolger im Besitz des Guts auf Rückstände aus der Zeit vor dem Erwerb keinen Anspruch. In einigen Fällen ist der subjektiv dingliche Charakter eines Anspruchs rechtlich zweifelhaft, so bezüglich des Antheils an den Tilgungsfonds, welche bei einzelnen Landschaften für die beysandbrieften Grundstücke zu bilden sind, ferner bezüglich der Grundsteuerentschädigung. Die Frage ist für das einzelne Rechtsverhältniß nach Maßgabe von Gesetzen und Statuten zu entscheiden. Dernburg und Hinrichs Pr. Hypothekenrecht Bd. I §. 18 Anm. 13.

6) Anders Koch zum L. R. I, 2 §. 128.

7) Vielfach sind die subjektiv dinglichen Rechte zugleich dingliche.

Digitized by Google

tigten an, beispielsweise an das Patronatrecht, öfters auch an die Rechte eines Ritterguts auf Dienste und Abgaben.[8]

Die neuere Zeit mit ihrer raschen Umgestaltung überkommener wirthschaftlicher Zustände war den Realrechten und Realverpflichtungen wenig günstig. Sind gleich die Realrechte ihrem Principe nach untrennbar an das herrschende Gut geknüpft; so mußte diese Untrennbarkeit doch in Folge der Aufhebung der Untheilbarkeit der Güter mancherlei Einbuße erleiden. Kam es doch in Folge von Dismembrationen, sowie der Aufhebung des Obereigenthums an vererbpachteten Gutsbestandtheilen sogar vor, daß die subjektiv dinglichen Rechte nach Zersplitterung des Gutes den einzigen Komplex der dem ehemaligen Gutsherrn übrigbleibenden Gutsrechte bildeten.[9] Aber außerdem sind Realrechte und Reallasten in Folge der neueren wirthschaftlichen Entwicklung zum großen Theile mit oder ohne Entschädigung aufgehoben oder doch für ablösbar erklärt worden; die im Falle der Ablösung an die Stelle der Realrechte tretenden Geldansprüche sind zwar zunächst subjektiv dinglich, der Grundeigenthümer kann aber diesen Charakter vorbehaltlich der Rechte der Realberechtigten, denen die Ablösungskapitalien an Stelle der aufgehobenen Rechte haften, durch Rechtsakte beseitigen.[10]

Durch die Bezeichnung eines Rechts als subjektiv oder objektiv dinglich wird übrigens nur über die Fragen etwas ausgesagt, ob der Eintritt in ein gewisses Rechtsverhältniß aktiv oder passiv an den Besitz einer Sache gebunden ist. Die innere juristische Natur der bezüglichen Rechte wird hierdurch nicht bezeichnet. Insbesondere sind auch objektiv dingliche Rechte von dem Standpunkte der dem römischen Rechte entlehnten Eintheilung der Berechtigungen in dingliche und persönliche vielfach der letzteren Gruppe zuzutheilen.

§. 39. Affirmative, negative, Untersagungsrechte.

Jedes Recht läßt sich von einer zwiefachen Seite her auffassen. Wir können seinen Inhalt vom Standpunkte des *Berechtigten* aus betrachten; es ist aber auch möglich, die Art, wie das Recht auf die Rechtsverhältnisse der durch dasselbe *gebundenen Rechtssubjekte* wirkt, also gleichsam die Kehrseite des Rechts hervorzuheben und hiernach die Rechte zu klassificiren.

---

8) Während in der Regel die objektiv dinglichen Rechte — abgesehen von den gemeinen Lasten und den Grundgerechtigkeiten — der Eintragung im Grundbuch zur Wirksamkeit gegen Dritte bedürfen, gehen diese Lasten, auch wenn sie nicht eingetragen sind, auf die Singularsuccessoren mit den bezüglichen Rechten über. Dernburg und Hinrichs Pr. Hypothekenrecht Bd. I §. 18 Anm. 23.

9) Die Folien ehemaliger Rittergüter im Grundbuch werden daher mit Rücksicht auf die Gerechtsame auch nach totaler Entfremdung des Grundbesitzes fortgeführt. Vgl. Entsch. des O. T. Bd. 77 S. 313.

10) Entsch. des O. Trib. Bd. 77 S. 176.

Digitized by Google

Auf dem letzteren Geſichtspunkte beruht die Eintheilung der Rechte in affirmative, negative und Unterſagungsrechte.[1] Es können nämlich unſere Rechte Andere in dreifacher Weiſe afficiren, einmal, indem ſie dieſelben zu einem poſitiven Leiſten (facere) oder zu einem Dulden (pati) oder zu einem Unterlaſſen (non facere) verpflichten.

1. Rechte, welche Andere zu einem poſitiven Thun verpflichten, ſind nach dem Sprachgebrauch des Landrechts affirmative. Es gehören hierher insbeſondere die Obligationenrechte, welche den Schuldner zu einer Leiſtung verbinden, ruhe nun dieſe Verbindlichkeit auf beſtimmten Individuen oder ſei ſie, wie die Reallaſten, an den Beſitz einer Sache geknüpft. Zu den affirmativen Rechten gehören auch Rechte publiciſtiſchen Charakters, welche eine Leiſtungspflicht bedingen, wie das Kirchen und Gemeinden zuſtehende Recht auf Abgaben.

2. Die Rechte, welche andere Rechtsſubjekte zu einem Dulden verpflichten, werden als negative Rechte bezeichnet. Die wichtigſten dinglichen Rechte an fremder Sache ſind hierher zu rechnen, insbeſondere Uſusfrukt und Miethsrecht, desgleichen ſolche Prädialſervituten, welche, wie dies bei Wegegerechtigkeiten der Fall iſt, durch Handlungen des Berechtigten ausgeübt werden, endlich auch das Recht auf den Pfandbeſitz.[2] Aber auch unmittelbar aus dem Geſetze entſpringende Befugniſſe bilden nicht ſelten negative Rechte, ſo das Recht auf fremdem Boden nach Foſſilien zu ſchürfen.[3]

3. Rechte endlich, welche eine Unterlaſſung (non facere) Seitens des Verpflichteten bedingen, ſind Unterſagungsrechte. Es zählen hierher Rechte aus gewiſſen Servituten, z. B. die Verpflichtung nicht höher zu bauen, — ferner Verbindlichkeiten, welche dem Eigenthümer in Folge des Nachbarrechts obliegen, Bann- und Zwangsrechte, Urheberrechte,[4] endlich perſönliche Verpflichtungen zur Unterlaſſung einer gewiſſen Handlung.

Die dargeſtellte Eintheilung der Rechte iſt eine alle Arten derſelben erſchöpfende, da das Verhalten des Verpflichteten ſtets unter die eine der Kategorien des Thuns, Duldens, Nichtthuns fallen muß.[5]

---

1) L. R. I, 7 §§. 80. 81. 86.

2) Zu den negativen Rechten gehört das Recht der Befreiung von Brückenzoll. Der Zollberechtigte muß nämlich hier dulden, daß der Befreite frei über die Brücke fährt.

3) Ein Recht, das hauptſächlich negativer Natur iſt, kann übrigens affirmative Verpflichtungen mit ſich führen, z. B. eine Weggerechtigkeit die Verpflichtung des Eigenthümers der dienenden Sache in ſich ſchließen, auf Verlangen des Berechtigten die Thüre zu öffnen. Einzelne Befugniſſe, die im Patronat liegen, ſind affirmative, andere negative.

4) Ebenſo Rechte auf ausſchließliche Benutzung eines Kirchenſtuhls, eines Begräbnißplatzes.

5) Anders Obertribunalsentſch. Bd. 48 S. 1.

Digitized by Google

Die anklingende Terminologie des gemeinen Rechts, welches affirmative und negative Servituten gegenüberstellt, beruht auf einem entgegengesetzten Eintheilungsgrunde. Denn sie unterscheidet nach der Weise der Ausübung der Servitut durch den Berechtigten. Hier ist daher affirmativ eine Servitut, deren Ausübung durch Handlungen des Inhabers geschieht, so daß dem Eigenthümer der dienenden Sache ein Dulden obliegt, negativ hingegen ist die Gerechtigkeit, welche dem Inhaber ein Verbietungsrecht gewährt, so daß die dienende Seite zu einem Nichtthun verpflichtet ist.[6]

Zweites Kapitel.

Die Rechtssubjekte.

I. Natürliche Personen.

§. 40. Einleitung.

Den Römern galt nur der Staatsgenosse als rechtsfähig; das neuere Recht erkennt die Rechtsfähigkeit jedes menschlichen Individuums an. Hiervon ist die Konsequenz, welcher noch das Landrecht nur in beschränkter Weise huldigte,[1] ein neueres preußisches Gesetz hingegen unbedingte Anerkennung gab,[2] daß mit dem Betreten des preußischen Bodens der fremde Sklave frei wird. Diese Freilassung schafft aber nicht zugleich Heimathsrecht. Der frühere Sklave ist daher nunmehr zunächst Heimathsloser und erwirbt das preußische Bürgerrecht nur in derselben Weise wie andre Ausländer.

Der Grundsatz der Rechtsfähigkeit eines jeden menschlichen Individuums leidet eine Ausnahme. Gemäß altdeutscher Rechtsansicht gilt dem Landrechte, wer das Klostergelübde ablegt, als bürgerlich todt.[3] Der Ordinirte ist hiernach unfähig, Rechtsgeschäfte zu schließen und Vermögen zu besitzen. Demgemäß eröffnet sich auch seine Erbschaft mit seinem Eintritte ins Kloster.[4]

---

6) In diesem ganz verschiedenen Sinne nimmt Wächter II. S. 203 die Eintheilung.

1) Nach L. R. II, 5. §. 198 wurde das Recht durchreisender Fremder an ihren Sklaven geschützt. Betheiligung am Negersklavenhandel war erlaubt, denn die Negersklaven galten als Gegenstand der Seeversicherung, L. R. II, 8. §§. 2049. 2227; dagegen Gesetz vom 8. Juli 1844.

2) Gesetz vom 9. März 1857.

3) L. R. II, 11. §. 1199 v. Wittken bei Gruchot Bd. 3 S. 124 ff.

4) Nach römischem Rechte verlor der Ordinirte mit dem Eintritte in den Ordensstand die Rechtsfähigkeit nicht l. 56 §. 1. C. de episcopis 1, 3, wohl aber fiel sein Vermögen nach den justinianischen Bestimmungen ans Kloster nov. 5. cap. 5. nov. 76. Dies ist auch der Standpunkt des kanonischen Rechts concilium Tridentinum sess. 25. cap. 2. Hingegen das deutsche Recht wandte die Sache um und

Digitized by Google

Tritt der Ordinirte wieder aus dem Ordensstande, so lebt zwar seine Rechtsfähigkeit auf, so daß er wiederum Rechte erwerben kann; die inzwischen eingetretenen Rechtsveränderungen jedoch bleiben bestehen, das mit der Ordination auf Andere übergegangene Vermögen insbesondere fällt nicht an ihn zurück.[5]

---

erklärte den Mönch für bürgerlich todt, Sachsenspiegel I. Art. 25. Diesem Grundsatze schloß sich das ältere preußische Recht an, vergl. Edikt vom 21. Juni 1753 N. C. C. I. S. 506, wonach „clericus regularis pro civiliter mortuo zu achten sei." Desgleichen spricht der durch Kabinetsordre vom 20. December 1790 genehmigte Immediatbericht, v. Kamptz Jahr. Bd. 52 S. 126 ff. aus, daß Mönche und Nonnen in Rücksicht auf die bürgerlichen Angelegenheiten für todt angesehen werden; dies ist denn auch der Sinn vom Landrechte II, 11 §§. 1199. 1200. Die Beerbung dieser Personen durch ihre Verwandten mit dem Momente der Profeßleistung ist also nach L. R. — in Uebereinstimmung mit dem deutschen Rechte — nicht zweifelhaft, wenn auch in Hinsicht der Beerbung speciell nichts bestimmt ist; vergl. Weiske Rechtslexikon Bd. 6 S. 177. Die gegentheilige Ansicht von Koch Preußisches Erbrecht S. 163 ist unhaltbar. Es kann nämlich die bloße Möglichkeit, daß der Mönch wieder aus dem Ordensstande austritt, nicht, wie dieser Schriftsteller annimmt, dazu führen, ihm für diesen Fall trotzdem, daß er civiliter für todt gilt, sein Vermögen zu reserviren, ihm für dasselbe einen Vormund zu bestellen und ihn erst bei seinem natürlichen Tode beerben zu lassen. Im Fall der Erklärung der Nichtigkeit seines Gelübdes durch die zuständige Behörde L. R. II, 11 §. 1174 ff. ist ihm freilich das Vermögen zu restituiren.

5) Nach dem Gesetze vom 31. Mai 1875 §. 1 sollen zwar Orden und ordensähnliche Kongregationen der katholischen Kirche aus Preußen ausgeschlossen und ihre Niederlassungen untersagt sein. Es bleiben jedoch, abgesehen von der Uebergangsbestimmung des §. 1 Abs. 3 nach §. 2 Orden und ordensähnliche Kongregationen, welche sich ausschließlich der Krankenpflege widmen, fortbestehen und können nur durch königliche Verordnung aufgelöst werden. Ueber den Unterschied der Orden und Kongregationen vgl. Hinschius, die preußischen Kirchengesetze der Jahre 1874 und 1875 S. 88 ff. Kongregationen sind nicht besonders päbstlich approbirt, es werden bei denselben keine vota solemnia, sondern nur s. g. simplicia abgelegt. Das Obertribunal hat bei Striethorst Bd. 39 S. 231 angenommen, daß nur die Mitglieder staatlich genehmigter Klöster mit Korporationsrechten, welche ein feierliches Klostergelübde abgelegt hätten, nach L. R. als vermögensunfähig anzusehen seien. Für eine gleiche Behandlung der Orden und Kongregationen hat sich dagegen Hinschius a. a. O. S. 102 ausgesprochen, da die Unterschiede zwischen beiden Instituten auf dem innerkirchlichen Gebiet lägen und dem Staat gegenüber beide wesentlich gleich stünden. Zweifelhaft ist freilich, ob die Rechtsunfähigkeit der Ordensgeistlichen nicht durch den Art. 9 der Verfassungsurkunde vom 5. December 1848 und den hiermit übereinstimmenden Art. 10 der revidirten Verfassung vom 31. Januar 1850 aufgehoben ist. Es wird dort nämlich bestimmt, „der bürgerliche Tod und die Strafe der Vermögenseinziehung finden nicht statt." Es kann nun nicht bezweifelt werden, daß nach dem bis dahin geltenden preußischen Rechte die Ordensgeistlichen als bürgerlich todt behandelt wurden. Es findet sich sogar dieser Ausdruck theils in den oben angezogenen älteren Gesetzen und Verordnungen, theils im Landrechte selbst. Nach ihrem Wortlaute betrifft also die Bestimmung der Verfassung offenbar auch das Verhältniß der Ordensgeistlichen. Gleichwohl giebt ihr die herrschende Meinung diese Beziehung nicht, indem sie den Verfassungsartikel restriktiv interpretirt. So das Obertribunal in Striethorst's Archiv Bd. 40 S. 230, Koch Erbrecht S. 144. Nach dieser Interpretation soll der Art. 9 nur die Absicht haben, die Strafe des bürgerlichen Todes, wie sie nach französischem Rechte in der Rheinprovinz bis dahin bestand, zu beseitigen. Hiefür läßt sich anführen, daß die Fassung mit dem Art. 13 der belgischen Verfassung übereinstimmt: „der bürgerliche Tod ist abgeschafft," und daß

Digitized by Google

A. Beginn und Ende der Persönlichkeit.

§. 41. Geburt und Tod.

Mit der Vollendung der Geburt tritt die bisher verhüllte Individualität des Menschen in die Erscheinung und geht zur Selbständigkeit über, so daß von jetzt an für sie das Bedürfniß der äußeren Güter beginnt. Von diesem Augenblicke an rechnet daher das römische wie das germanische Recht die besondere Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit des lebenden Kindes. Fortan können auch Dritte aus der Thatsache Rechte herleiten, daß ein Individuum zur Existenz kam, selbst wenn dessen Leben in kürzester Frist wieder erlosch. Die Sichtbarkeit des Lebens genügt, die Weise seiner Aeußerung ist nach preußischem wie nach römischem Rechte gleichgültig.[1] Auch unterscheidet das preußische Recht nicht, wie dies das römische that,[2] ob die Bedingungen längerer Forterxistenz des einmal lebenden Wesens vorhanden waren, oder ob nur eine Frühgeburt ohne sogenannte Vitalität existirte, so daß es diese zweifelhafte Frage der medicinischen Kunst unberücksichtigt läßt.[3] Mißgeburten nicht menschlicher Art sieht jedoch nach dem Vorbilde des römischen auch das preußische Recht nicht als vollberechtigte Rechtssubjekte an, gesteht ihnen nur vielmehr Anspruch auf Erhaltung zu. Wer aber einem von einem Menschen geborenen lebendigen Wesen den Charakter der Miß-

---

bei dieser Bestimmung nur an die Strafe des bürgerlichen Todes gedacht war, ferner daß der Kommissionsentwurf der preußischen Nationalversammlung Art. 8 die Fassung hatte: „die Strafen des bürgerlichen Todes und der Vermögenskonfiskation finden nicht statt," wozu die Motive lauten: „der im französischen und rheinischen Rechte geltende bürgerliche Tod ist längst als verwerflich anerkannt." Erwidern ließe sich hiergegen, daß, was jedenfalls beachtenswerth ist, der jetzige Verfassungsartikel von diesem Kommissionsantrage abweicht, indem er nicht mehr von der Strafe des bürgerlichen Todes, sondern vom bürgerlichen Tode schlechthin spricht. Ferner aber wäre, um zur restriktiven Interpretation zu gelangen, der bestimmte Nachweis erforderlich, daß die Verordnung der Verfassung trotz ihres Wortlautes auf die Ordensgeistlichen keinen Bezug haben sollte; dieser Beweis wird aber nicht schon dadurch geführt, daß man bei der Abfassung zunächst das Strafmittel des bürgerlichen Todes im Auge hatte. Wie dem aber auch sei, so ist bei der Zweifelhaftigkeit der Auslegung des Verfassungsartikels nicht leicht zu erwarten, daß die Jurisprudenz von dessen nunmehr usuell gewordener Interpretation abgehe.

1) Trotz L. R. I, 1 §. 13 ist nicht erforderlich, daß das Kind die Wände beschrie, — wie dies die naive Anschauung des Mittelalters erforderte. Sachsenſp. I. Art. 33. Sächs. Lehnr. 20 §. 1. Vgl. auch l. 3 C. de postumis 6, 29.

2) Die Frage ist bekanntlich für das römische Recht bestritten. Vgl. Savigny II. Beil. 3. Bangerow I. §. 32, insbesondere aber Wächter comm. de partu vero non vitali, Lipsiae 1863 ff.

3) Eine Präsumtion dafür, daß das reifgeborne Kind auch gelebt habe, wie sie Projekt des corp. jur. Frid. I. 1. 4 §. 4 u. österr. b. G. B. §. 23 aufstellen, existirt nach jetzigem preußischem Rechte nicht, wenn dasselbe auch die Fortdauer der einmal ins Leben getretenen Person vermuthet, L. R. I. 1 §. 34.

Digitized by Google

geburt zuschreiben wollte, hätte den Mangel menschlicher Form und Bildung zu erweisen.[4]

Wenn auch die Persönlichkeit erst mit der Geburt beginnt, so widmet das Recht bereits dem Embryo im Mutterleibe seine Vorsorge. Es gewährleistet ihm die sogenannten allgemeinen Rechte der Menschen,[5] d. h. Sicherung von Leben und Gesundheit, es trifft Vorsorge, daß ihm in geeigneten Fällen ein Pfleger — curator ventris — bestellt wird,[6] und es reservirt ihm mit Rücksicht auf die nahe, wahrscheinliche Rechtsfähigkeit Rechte, welche ihm anfallen würden, wenn er bereits Person wäre.[7] Das römische Recht beschränkt dies — wohl in Folge seiner unentwickelten Stellvertretung — auf solche Rechte, welche, wie Erbrechte, von Rechtswegen angetragen werden; für das moderne Recht aber, welches Stellvertretung im weitesten Maße zuläßt, ist eine Beschränkung auf den Erwerb von Rechtswegen nicht anzunehmen, so daß richtiger Ansicht nach dem Embryo auch durch Verträge seines Pflegers, ja selbst durch unbevollmächtigte Vertreter vorbehaltlich späterer Genehmigung erworben werden kann.[8] Dagegen können richtiger Ansicht nach Personen, deren künftige Konception erst erhofft wird, aus Verträgen, welche zu ihren Gunsten geschlossen werden, noch keine Rechte erwerben, und es ist namentlich ihr Beitritt zu denselben durch etwaige Stellvertreter unzulässig.[9] Es ergiebt sich dies aus dem formellen Grunde, daß

---

4) L. R. I. 1 §§. 17. 18. Gutachten der Aerzte könnten über die Frage der Mißgeburt nur mit Vorsicht benutzt werden, da, was „eine Geburt ohne menschliche Form und Bildung sei" (contra formam humani generis l. 14 D. de statu hominum 1, 5), von subjektiver Anschauung abhängt. Daß insbesondere auf die Bildung des Kopfes zu sehen sei, ergiebt sich daraus, daß sich in ihm vorzugsweise das charakteristisch Menschliche ausspricht; cfr. auch l. 44 pr. D. de religiosis 11, 7.

5) L. R. I. 1 §. 10. Einl. §. 83.

6) Vormundschaftsordnung §. 88. Dernburg P. R. §. 101.

7) L. R. I. 1 §. 12 l. 7. D. de statu hom. 1, 5, vgl. auch Dernburg Pfandrecht I. S. 446 ff. Für den Fall, daß das Kind nicht selbst Rechtsfähigkeit erlangt, kommt die Reservation nicht etwa Dritten zu Gute. Etwas ganz Anderes ist die Frage, ob die A., welche unter der Bedingung letztwillig honorirt ist, daß sie zur Zeit des Todes des Erblassers ein Kind habe, erbt, wenn sie ein Kind nur erst im Mutterleibe trägt, welches nachher lebend geboren wird. Dies ist Interpretationsfrage und wird nach der vermuthlichen Absicht des Erblassers zu entscheiden sein. Anderer Ansicht Unger I. S. 234.

8) Anderer Ansicht Koch Kommentar zu L. R. I. 1 §. 12. Förster §. 19. Anm. 5; daß aber die einzelnen Anwendungen, welche das Landrecht macht, sich nur auf Zustandsrechte beziehen (Adel II. 9. §§. 93. 100, Erbrecht I. 9 §. 371 ff., I. 12 §. 527), beweist nichts für eine principielle Beschränkung auf solche Rechte. Die Vormundschaftsordnung §. 88 hat die Vertretungsbefugniß des Pflegers der Leibesfrucht nicht begränzt, sie steht ihm hiernach soweit zu, als sie das Interesse des Embryo erfordert, auch ist eine negotiorum gestio für eine entstehende juristische Person anerkannt, sie wird also auch für eine werdende natürliche Person zulässig sein.

9) Daher können im Augenblicke des Abschlusses eines Familienschlusses, welcher ein Fideikommiß verändert oder aufhebt, noch nicht Konzipirte weder auf eine Vertretung Anspruch machen, noch gegen den Beschluß, der im Uebrigen einstimmig sein muß, später Einwendung erheben. L. R. II. 4 §§. 44. 45.

Digitized by Google

sie keine gegenwärtigen Personen sind, auch nicht, wie der Embryo, durch positive Bestimmung den Personen gleichgestellt sind; aber auch materielle Rücksichten entscheiden gegen Geschäfte zu Gunsten erst möglicherweise in Zukunft zur Existenz kommender Individuen, da es nicht zweckmäßig ist, die Verhältnisse der Lebenden durch Verhältnisse ins Ungewisse zu stellen, deren Bedeutung sich erst nach dem Verlaufe einer ungemessenen Zeit übersehen läßt.[10]

Die Geburt eines Menschen sowie die etwa in Frage kommende Priorität der Geburt hat im Streitfall derjenige, welcher Rechte auf sie stützt, zu erweisen. Ist die Erstgeburt zwischen Zwillingen streitig und von rechtlicher Wichtigkeit, so entscheidet, wie oben bereits bemerkt wurde, das Loos.[11]

Durch den Tod endet die natürliche Persönlichkeit. Verpflichtungen, die einem bereits Verstorbenen gegenüber oder in dessen Namen übernommen werden, sind daher dem Principe nach nichtig.[12] Wer Rechte auf den Tod einer Person gründet, hat deren Tod zu erweisen; ist die Zeit des Todes wesentlich für die Begründung seiner Ansprüche, so hat er dieselbe gleichfalls darzuthun. Insbesondere sind die Vermuthungen des römischen Rechtes über die Priorität des Todes, falls mehrere in gemeinsamer Gefahr verstarben, vom Landrechte nicht aufgenommen, wie sie auch einer inneren Rechtfertigung entbehren.[13] Wer daher Rechte auf die Priorität des Todes Eines der Verunglückten stützt, muß nachweisen, daß derselbe zuerst verstarb.

Nach dem preußischen Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und dem sich anschließenden Reichsgesetz erfolgt seit dem 1. Oktober 1874 die Beurkundung der Geburten und Sterbefälle ausschließlich durch die staatlich bestellten Standesbeamten mittels Eintragung in die dazu bestimmten Register.[14] Die ordnungsmäßig geführten Standesregister beweisen diejenigen

---

10) Eine Schenkung des Großvaters zu Gunsten einer Enkelin und derjenigen Geschwister derselben, welche seine Tochter inskünftige noch empfangen und gebären werde, kann daher von den Nachgeborenen nicht etwa um deswillen geltend gemacht werden, weil sie von deren Eltern genehmigt wurde. Anders O. T. Entsch. Bd. 47 S. 113.

11) L. R. I. 1 §. 16.

12) Vorbehaltlich L. R. I. 13. §§. 190. 200. — Ein Wechsel ist zu Gunsten des A. ausgestellt. Nach dessen Tode wird, um dem Schuldner eine Frist zu gewähren, ein neuer Wechsel an dessen Statt ausgestellt, jedoch nicht auf den Namen der Erben des A., sondern der Vereinfachung wegen noch einmal auf den Namen des bereits verstorbenen A. Der Wechsel ist in der Hand der Erben des A. nichtig.

13) L. R. I. 1 §. 39 übereinstimmend mit der Regel der l. 16—18. D. de rebus dubiis 34, 5, von welcher l. 9 §. 1. l. 22. l. 23. D. de rebus dub. nur singuläre Ausnahmen bilden. Wäre also eine Lebensversicherung zu Gunsten des A. davon abhängig, daß dieser den B. überlebt und würden beide in einer Gefahr sterben, ohne daß der frühere Tod des B. erhellte, so wäre nichts geschuldet; vgl. l. 26 D. de mort. caus. don. 39. 6.

14) Preuß. Gesetz vom 9. März 1874 §. 1, Reichsgesetz vom 6. Febr. 1875 §. 1.

Digitized by Google

Thatsachen, zu deren Beurkundung sie bestimmt sind, bis der Nachweis der Fälschung der unrichtigen Eintragung oder der Unrichtigkeit der Anzeigen und Feststellungen, auf Grund deren die Eintragung stattgefunden hat, erbracht ist.[15 16]

§. 42. Lebenspräsumtion.[1]

Es kann zweifelhaft sein, ob Jemand in einem kritischen Moment noch gelebt und in Folge dessen Rechte, insbesondere Erbrechte, erworben habe. Die natürliche Lösung ist, demjenigen, welcher den Erwerb solcher Rechte für eine Person behauptet, den Beweis des Lebens dieser Person im Augenblicke des Anfalls des Rechts aufzulegen und für den Fall des Mißlingens dieses Beweises den prätendirten Anspruch zurückzuweisen.

Die juristische Theorie seit der Zeit der Glossatoren jedoch ging nach dem Grundsatze, daß Veränderungen nicht vermuthet werden, davon aus, daß, wer einmal gelebt habe, so lange als lebend anzusehen sei, bis die entgegengesetzte Thatsache des Todes nachgewiesen werde. Diesen in seiner Konsequenz absurden Satz beschränkte man dann wieder dadurch, daß man die Vermuthung für das Leben doch nur bis zum Alter von hundert Jahren erstreckte[2] und sie später, insbesondere in Deutschland, an der Hand der Erfahrung und auf Grund des 90. Psalms nur bis zum siebenzigsten Jahre gelten ließ.[3]

Die Präsumtion gilt, wie für Abwesende, von denen keine Kunde existirt, so auch für Personen, die zwar in ihrer Heimath seiner Zeit verstorben, deren Todestag aber zufälligerweise nicht festzustellen ist. Die Begrenzung der Vermuthung für das Leben schließt aber keineswegs an sich

---

15) Preußisches Gesetz §. 11. Reichsgesetz §. 15. Wenn auch der Gegenbeweis offen gelassen ist, wird gleichwohl in zweifelhaften Fällen nunmehr die Anzeige beim Standesamt, trotz der naheliegenden Möglichkeit von Irrthümern, — über die Frage praktisch entscheiden, ob ein während oder nach der Geburt verstorbenes Kind gelebt habe; vgl. §. 23 des Reichsgesetzes. Bei Zwillings- oder Mehrgeburten soll die Eintragung für jedes Kind besonders und so genau bewirkt werden, daß die Zeitfolge der verschiedenen Geburten ersichtlich ist. Reichsgesetz §. 22 Abs. 2. Auch hier wird die Eintragung praktisch über die Priorität der Geburt entscheiden, wenn, was freilich seine Schwierigkeiten haben wird, die Identität des als Erstgeborenen Eingetragenen festzustellen ist.

16) Erfolgte keine Eintragung in die Register oder sind dieselben nicht wenigstens im Wesentlichen ordnungsmäßig geführt oder zu Grunde gegangen, so ist der Nachweis von Geburt und Tod durch die gewöhnlichen Beweismittel zu führen. Das Gleiche gilt für Geburts- und Todesfälle, die vor den 1. Oktober 1874 fallen, vgl. A. G. O. I. 10 §. 128 und §. 162.

1) Die Abhandlung von Bruns die Verschollenheit, Bekkers Jahrb. Bd. I. S. 90 ff., ist grundlegend für diese Lehre.

2) Glosse zu l. 2 §. 4 D. quemadmodum testamenta: quilibet praesumitur vivere etiam utique ad centum annos.

3) Schon Menochius de probationibus II. 8.

Digitized by Google

die entgegengesetzte Vermuthung in sich, daß die Person, auf welche sie zur Anwendung kommt, mit Ueberschreiten jener Altersgrenze auch verstorben sei, vielmehr ist das Leben dieser Person fortan nur ins Ungewisse gestellt. — Trotz ihrer Irrationalität hat das Landrecht die Vermuthung für die Fortdauer des Lebens bis zum 70. Jahre adoptirt.[4] Es fallen daher dem Abwesenden bis zu diesem Momente Erbschaften an. Der Nießbrauch dauert bis zu diesem Augenblicke fort, Alimente und persönliche Renten werden bis dahin geschuldet, so daß der Vormund des Abwesenden dieselben einklagen kann. Die Vermuthung des Lebens gilt aber freilich nur bis zu einer etwaigen Todeserklärung, deren Kraft die schwächere Lebenspräsumtion überwiegt.

§. 43. Richterliche Todeserklärung. Einleitung.

In der Praxis der altgermanischen Gerichte war üblich, daß der Verschollene, d. h. ein Abwesender, von dem man keine Kunde hatte, für todt erklärt und daß sein Vermögen seinen nächsten Erben ausgehändigt wurde.[1] Auch hier liegt eine Vermuthung zu Grunde, nämlich die des Todes des Verschollenen. Aber weit verschieden von der romanistischen Lebenspräsumtion ist diese Vermuthung. Die erstere ist eine Ausgeburt juristischer Scholastik, die Vermuthung des Todes eines Verschollenen entspricht dem gewöhnlichen Gange der Dinge; jene entbehrt der inneren Begründung, diese entspricht dem praktischen Bedürfnisse. Die erstere richtet sich ferner nach einer absoluten Norm, die ohne Rücksicht auf die Umstände gleichmäßig angewendet wird; bei der letzteren regierte das richterliche Ermessen und ihre Folge datirte vom richterlichen Erkenntniß an. Gleichwohl sind vielfach beide Präsumtionen in eine Verbindung getreten.

Die Befugniß, das Vermögen eines Verschollenen, gleich als sei er todt, dessen Erben zuzuweisen, gab dem deutschen Richter immerhin eine ungemessene, vielleicht nicht selten mißbrauchte Macht. Frühzeitig forderte man daher in Frankreich, in England und den Niederlanden vorgängigen Ablauf einer bestimmten Zahl von Jahren seit der Abwesenheit oder der letzten Kunde.[2] In Deutschland erklärte man seit der Reception des römischen Rechtes die althergebrachte Ueberweisung des Vermögens des Verschollenen an dessen nächste Erben nur für eine provisorische Maßnahme, welche gegen Kaution zu geschehen habe; die definitive Todeserklärung sollte erst erfolgen, wenn eine längere Zeit der Abwesenheit die Vermuthung des Todes erhöhet

4) L. R. I. 1 §§. 37. 38. „Kommt es darauf an, ob Jemand einen gewissen Erb- oder andern Anfall noch erlebt habe, so wird vermuthet, daß ein Mensch, von dessen Leben oder Tode keine Nachricht zu erhalten ist, nur siebzig Jahre alt geworden sei." Vergl. L. R. II. 2 §§. 452. 453.

1) cfr. Kraut Vormundschaft Bd. 2 S. 226.

2) Vergl. die bei Bruns l. c. S. 127 angeführten coutumes.

Digitized by Google

hätte. Hinsichtlich der Bemessung des Zeitraumes zwischen Verschollenheit und Todeserklärung bildeten sich aber zwei Systeme. Die sächsische Praxis[3] lehnte sich an die romanistische Lebenspräsumtion an; die definitive Todeserklärung durch den Richter sollte hiernach erst erfolgen können, wenn der Verschollene bereits das 70. Lebensjahr überschritten hätte. Eine andere rationellere Auffassung,[4] welche insbesondere auch in Schlesien galt,[5] forderte Verfluß eines gleichmäßig bestimmten Zeitraumes seit der letzten Kunde vom Verschollenen. Und zwar verlangte man ursprünglich nach dem Vorbilde der Verjährungszeit Ablauf von 30 Jahren seit der Verschollenheit. Als aber später die Ediktalien in den öffentlichen Blättern in Gebrauch kamen, schien eine kürzere Zeit zu genügen. Das preußische Verschollenheitsgesetz vom 23. Oktober 1763,[6] die Grundlage des Landrechts, forderte darnach für die Zeit zwischen der letzten Kunde und dem Antrage auf definitive Todeserklärung nur zehn Jahre.

Nach den historischen Wurzeln der germanischen Todeserklärung konnte nicht zweifelhaft sein, daß der Tod sich an den richterlichen Ausspruch knüpfte. Nur das war lange Zeit hindurch bestritten, ob der Tod bereits zu rechnen sei von dem ersten Dekret — nämlich der Einweisung der Erben (successio ex tunc) oder von dem zweiten Dekret, nämlich der definitiven Todeserklärung (successio ex nunc). Die letztere Ansicht mußte obsiegen, da das erste Dekret sich zu einer bloß provisorischen Maßregel gestaltet hatte.

§. 44. Die Verschollenheit nach jetzigem preußischem Rechte.

Im Landrechte[1] ist das erste richterliche Dekret, welches auf Grund des älteren deutschen Rechtes die Verwandten in das Vermögen des seit einiger Zeit Verschollenen gegen Kaution einwies, weggefallen. Dem Verschollenen wird vielmehr zunächst der römischen Theorie gemäß ein Vormund mit den gewöhnlichen Rechten und Pflichten gesetzt.[2] Die Todeserklärung selbst kann dann beantragt werden, wenn zehn Jahre seit der letzten Kunde

3) Bruns l. c. S. 176. Von Vielen wird die sächsische Praxis als gemeines deutsches Recht angesehen.

4) Insbesondere Reskript des Kaisers Mathias an den Rath der Stadt Görlitz von 1616 bei Bruns l. c. S. 155.

5) Das Erzherzogthum Schlesien koncernirende privilegia statuta und sanctiones, Breslau bei Brachvogel 1713 ff. S. 492. 498.

6) In Preußen schloß man sich ursprünglich an das sächsische System an. So eine Verordnung vom Jahre 1728 C.-C. M. Th. 2. Abth. 1. n. 250 S. 791, ferner Cod. Frid. March. III. 17 §. 20. Seit 1752 entschied man sich für das schlesische System, N. C. C. Bd. 1. S. 272. n. 4. S. 299. n. 26.

1) L. R. II. 18 §§. 821—855. A. G. O. I. Tit. 37.

2) Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 §. 82. vgl. L. R. II. 18 §. 19 ff.

Digitized by Google

von dem Verschollenen abgelaufen sind. War der Verschollene bei seinem Weggange minderjährig, so müssen zehn Jahre von der Zeit der Volljährigkeit an verflossen sein; war er fünfundsechzig Jahre und darüber, so genügen fünf Jahre. Zum Antrage auf Verschollenheitserklärung ist berechtigt, wer als Verwandter oder Vertragserbe Ansprüche auf das nachgelassene Vermögen erheben könnte, desgleichen der Ehegatte des Verschollenen.[3] Sind keine Verwandten bekannt oder machen sie keine Rechte auf das Vermögen geltend, so ist der Vormund des Abwesenden, sowie der Fiskus zum Antrage befugt.[4] Es bedarf der eidlichen Bekräftigung der Antragsteller, daß sie keine Kunde vom Verschollenen haben. Außerdem werden Ediktalien erlassen, durch welche der Verschollene, sowie etwaige Erbprätendenten aufgerufen werden.[5] Der Tod wird angenommen mit der Rechtskraft des Urtheils, welches denselben erklärt.

In einigen Fällen genügt eine kürzere Frist zur Annahme des Todes, wenn nämlich außer dem an und für sich bloß negativen Indicium, daß keine Kunde von dem Verschollenen existirt, positive Anzeigen für den Tod vorliegen. So nahm das Landrecht aus der romanistischen Theorie[6] den Satz auf, daß als todt anzusehen sei, wer im Kriege schwer verwundet war, falls ein Jahr nach hergestelltem Frieden keine Nachricht von ihm einlief. Auch sind mehrfache Specialbestimmungen nach dem Abschluß von Kriegen für die Theilnehmer an denselben getroffen worden.[7] Sehr weit gehen insbesondere die Gesetze vom 24. Februar 1868 und vom 2. April 1872 in Bezug auf diejenigen Personen, welche an einem der von Preußen geführten Kriege von 1864, von 1866 und von 1870 und 1871 Theil genommen haben und in dem Kriege vermißt wurden. Solche Personen können auf Grund der eidlichen Behauptung der Antragsteller, daß keine Kunde von ihnen seit dem Friedensschlusse eingelaufen sei, ohne Ediktalien und ohne weiteren Zeitablauf für todt erklärt werden, so daß der letzte December 1864 beziehentlich 1866 oder der 30. Juni 1871 als Todestag gilt.[8] Nach

3) L. R. II. 1 §. 692.

4) L. R. II. 18 §. 826. Anh. §. 282 zu A. G. O. I. 37 §. 3.

5) Näheres A. G. O. I. 37 §. 6. Ediktalien bleiben ausnahmsweise weg, wenn seit der letzten Nachricht bereits 40 Jahre verflossen sind L. R. II, 18 §. 854. vgl. N. C. C. I. S. 299.

6) L. R. I, 1 §. 35. So schon Bartolus zu l. 2 §. 4. D. test. quemadm. aperiantur.

7) Gesetz vom 22. Mai 1822. Erst das Gesetz v. 2. Aug. 1828 ließ, „da seit Beendigung des Krieges von 1806 bis 1815 eine Reihe von Jahren verflossen war," eine Todeserklärung derjenigen, die an jenem Kriege Theil nahmen, auch ohne Ediktalcitation auf Grund eidlicher Versicherung des Extrahenten, daß er von dem Leben des Abwesenden keine Kunde habe, zu.

8) Die erwähnten Gesetze sind zwar dem vom 2. August 1828 nachgebildet, jedoch unvergleichlich schroffer, weil sie eine Todeserklärung unmittelbar nach dem

Digitized by Google

zweckmäßiger Specialbestimmung kann ferner eine richterliche Todeserklärung erfolgen, wenn von einer Person, welche sich auf einem untergegangenen Schiffe befand, seit einem Jahre nach dem Schiffbruche keine Nachricht eingegangen ist, woran sich weitere Präsumtionen über den Untergang eines verschollenen Schiffes schließen.[9]

Die richterliche Todeserklärung begründet nur eine Vermuthung für den Tod des Verschollenen, wie auch für das Erbrecht des Eingewiesenen, so daß Letzterer dem Nachweise besseren Rechtes weicht.[10] Daher kann der für todt Erklärte, wenn er zurückkehren sollte, Beseitigung des Dekrets, welches die Todeserklärung ausspricht und Rückgabe seines Vermögens fordern. Auch werden durch das Verschollenheitsverfahren Erbberechtigte nicht präkludirt, welche sich in demselben nicht meldeten.[11] Sie können daher immer noch den Eingewiesenen überwinden, sei es, indem sie sich durch den Nachweis des wirklichen Todestages, sei es, indem sie sich auf andere Weise, z. B. durch Beibringung eines Testamentes, als die wahren Erben legitimiren. Jedoch ist der eingewiesene Präsumtiverbe nur insoweit verhaftet, als das Vermögen des Verschollenen noch bei ihm unverändert oder seinem Werthe nach existirt.[12] Auch kann der Berechtigte nur solche Dritte, welche vom Eingewiesenen durch Schenkung oder sonst in gratuiter Weise Objekte des Todterklärten erhielten, zur Rückgabe des noch Vorhandenen oder des Betrages der Bereicherung anhalten, diejenigen Dritten hingegen, welche durch lästige Verträge Etwas vom Eingewiesenen erwarben, sind gesichert. Sind dreißig Jahre seit der Todeserklärung verflossen, ohne daß der Verschollene oder dessen wahre Erben sich meldeten, so erlöschen deren Rechte an dem Vermögen, welches dem Präsumtiverben überwiesen wurde, vollständig. Immerhin ist der Verschollene selbst und es sind außerdem dessen erbberechtigte Nachkommen noch befugt, von dem Besitzer des Vermögens, soweit dasselbe dazu hinreicht, nothdürftige Alimente zu fordern. Als unredlicher Besitzer haftet der Eingewiesene, ohne

---

Kriege ermöglichten, ohne daß Ediktalien vorhergegangen waren. Es sind jedoch keine Nachtheile zu Tage getreten.

9) Gesetz vom 24. Febr. 1851 an Stelle von L. R. I, 1. §. 36.

10) Vgl. L. R. II, 18. §. 842 ff.

11) Das L. R. spricht II, 18. §. 842 nur von dem Falle, daß der Nachweis geführt wird, „daß der Abwesende früher oder später gestorben und nach diesem Zeitpunkte seines natürlichen Todes das Vermögen einem Andern angefallen sei." Allein der zu Grunde liegende Gedanke führt eben weiter, indem hiernach das Verschollenheitsverfahren als solches erbberechtigten Dritten überhaupt nicht schadet.

12) L. R. II, 18. §. 847 nach Analogie der römischen hereditatis petitio cfr. l. 20. §. 6. l. 23. pr. D. de her. pet. 5, 3. Die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte hingegen behält der bona fide Eingewiesene, abweichend von den Grundsätzen der römischen hereditatis petitio, auch wenn er sich im Augenblicke der Klageanstellung noch durch sie bereichert findet. L. R. II, 18. §. 848, dag. l. 2 C. de hered. pet. 3, 31 verb. fructibus augetur hereditas.

Digitized by Google

daß ihm eine Zeitgrenze zu Gute kommt, nur insofern er das Leben des für todt Erklärten oder das bessere Erbrecht Dritter im Augenblicke der Todeserklärung kannte.

B. Verschiedenheit der Rechtsfähigkeit natürlicher Personen.

§. 45. Inländer und Ausländer.[1]

Das heutige Recht stellt bezüglich der Privatrechte und deren gerichtlicher Verfolgung die Ausländer den Inländern im Wesentlichen gleich, bahnt hiermit gleichsam ein allgemeines privatrechtliches Bürgerrecht an und fördert so das Wohl auch der eignen Unterthanen mehr als durch einseitige Bevorzugung derselben geschehen könnte.

Insbesondre sind in Preußen wie in den andern Bundesstaaten die ausländischen Angehörigen des deutschen Reichs in Folge des durch die Reichsverfassung geschaffnen gemeinsamen Indigenats wie Inländer zu behandeln; es wurde hiermit die Anwendung von bestehenden oder künftig erlaßnen Rechtsregeln, welche Fremde ungünstiger behandeln als Inländer, auf Reichsangehörige unstatthaft.[2] Des Weiteren sind in gewissen Beziehungen Angehörige der zum ehemaligen deutschen Bund gehörigen Territorien andern Fremden gegenüber begünstigt.[3] Eine Rechtsverschiedenheit zwischen Fremden und Einheimischen findet sich überhaupt nur in Einzelheiten aus speciellen Gründen,[4 5] vorzugsweise um die Gleichstellung unsrer Staatsangehörigen im Ausland mit dessen Angehörigen indirekt herbeizuführen.

---

1) L. R. Einl. §. 38 ff. Wächter II S. 82.

2) Reichsverfassung Art. 3. Laband Staatsrecht Bd. I, §. 19. Eine Weiterbildung des Art. 3 der Reichsverfassung ist das Bundesgesetz über die Freizügigkeit vom 1. November 1867 und das Bundesgesetz vom 1. Juni 1870 über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit. Auch der Begriff Inland beschränkt sich — z. B. bezüglich des Erfordernisses des inländischen Grundbesitzes als Bedingung für die Entbindung einer Kaution für Proceßkosten, ferner bezüglich der Zulässigkeit der Einrede der Vorausklage des Bürgen — zur Zeit nicht mehr auf das Gebiet eines einzelnen Bundesstaates, vielmehr ist unter Inland jetzt das gesammte Gebiet des Reichs zu verstehen. Es ergiebt sich dies aus der Analogie des Art. 3 und der Tendenz des Rechtshülfegesetzes vom 21. Juni 1869, obgleich dem Wortlaute nach nur von Aufhebung des Unterschiedes zwischen Ausländern und Inländern, also einer persönlichen Eigenschaft, die Rede ist. R. O. H. G. Bd. 16. S. 266.

3) Dies bezüglich des Urheberrechts Reichsgesetz vom 11. Juni 1870 §. 62, vom 9. Januar 1876 §. 21.

4) Allgemeine Zurücksetzung der Fremden kennt der preußische Civilproceß durch die an den s. g. landsassiatus plenus sich anlehnende Bestimmung der Kabinetsordre vom 15. März 1809 (Mathis Bd. 8 S. 22.), Anh. §. 34 zu A. G. O. I, 2 §. 114, wonach Ausländer, welche im Inland Vermögen — nicht bloß Grundstücke — haben, z. B. Forderungen gegen inländische Schuldner, wie mit dinglichen, so auch mit persönlichen Klagen von Inländern bei den inländischen Gerichten belangt werden können. Einwohner der ehemaligen deutschen Bundesstaaten unterliegen diesem

Digitized by Google

Diesen Zweck verfolgt die Klausel mancher Gesetze, wonach gewisse an sich die Ausländer zurücksetzende Normen in dem Fall nicht anzuwenden sind, wenn in deren Heimathsstaat die Gegenseitigkeit für unsre Staatsangehörigen verbürgt ist.[6]

Denselben Zweck hat das Rechtsinstitut der Retorsion, wonach die Unterthanen eines fremden Staats dieselbe Zurücksetzung erfahren sollten, welche in deren Heimathsstaat unsere Angehörigen, sei es als Preußen, sei es als Fremde durch Gesetz oder wissentliche Duldung des Staats den eignen Unterthanen gegenüber erfahren.[7] Ueber die Frage, ob der Fall der Retorsion vorhanden ist, hat nach preußischem Recht der Richter zu erkennen.[8] Da aber das Retorsionsrecht zu einem bestimmten politischen Zweck gegeben ist, so scheint es nicht ungerechtfertigt, dasselbe von einer Verfügung der politischen Behörden abhängig zu machen. In diesem Sinne knüpft die Reichskonkursordnung[9] die Retorsion, durch welche die Angehörigen eines fremden Staats und deren Rechtsnachfolger den inländischen Gläubigern im Konkurse nachgesetzt werden, an eine unter Zustimmung des Bundesrathes erlaßne Anordnung des Reichskanzlers.

§. 46. Stand. Religion.

Im Gegensatze gegen die mittelalterliche Rechtsordnung, welche, wie die öffentliche Geltung, so auch die privatrechtliche Befähigung der Individuen nach deren Geburtsstande verschieden abstufte, verhält sich das moderne Privatrecht gleichgültig gegen das Moment des Geburtsstandes. Dasselbe eröff-

---

Gerichtsstand, abgesehen von Retorsion, nicht. Verordnung vom 7. Juli 1819. Das R. O. H. G. hält diese V. für die nicht zum deutschen Reich gehörigen ehemaligen deutschen Bundesstaaten mit Auflösung des Bundes für von selbst beseitigt. Ist dies auch nicht richtig, so hat doch die R. C. P. O. §. 24 jenen Gerichtsstand aufgenommen für alle Vermögensansprüche gegen Personen, welche im deutschen Reich keinen Wohnsitz haben.

5) Das Gesetz vom 28. Mai 1874 hat die früher nach L. R. II, 9 §. 39, Kab. O. vom 28. März 1809 zum Erwerb von Rittergütern durch Ausländer erforderte Specialkonzession des Ministers des Innern aufgehoben.

6) Vgl. z. B. Reichscivilproceßordnung §. 102 sub 1 bezüglich der Kaution des Klägers wegen Proceßkosten, §. 106 bezüglich des Armenrechts, §. 661 sub 5 bezüglich des Vollstreckungsurtheils auf Grund eines ausländischen Urtheils.

7) Einl. des L. R. §. 43 ff. Anwendungen macht L. R. I, 12 §. 40 für Erbbefähigung, L. R. II, 17 §. 173 für das Recht des Fiskus an bona vacantia, Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §. 3 — vgl. L. R. II, 8 §. 933 ff. Entsch. des O. T. Bd. 78. S. 1 ff.

8) Ist der Fall der Retorsion nicht notorisch, so ist beim Justizminister anzufragen arg. L. R. II, 8 §. 935. Anders 1. Aufl. S. 77. Dagegen ist die Bestimmung von L. R. Einl. §. 44, wonach Unterrichter ohne Genehmigung ihrer Vorgesetzten nie auf Retorsion erkennen können, wohl nach der jetzigen Organisation antiquirt, jedenfalls wird sie durch das Reichsgerichtsverfassungsgesetz beseitigt.

9) Reichskonkursordnung §. 4.

Digitized by Google

net vielmehr, indem es jede Person mit der gleichen privaten Rechts- und Handlungsfähigkeit ausstattete, Allen in thesi freie und gleiche Bahn.

Dies moderne Princip liegt nun freilich dem Landrechte noch keineswegs zu Grunde. Das Landrecht gab insbesondere dem Adel die ausschließliche Berechtigung zum Besitze adliger Güter, schloß ihn dagegen von bürgerlichem und bäuerlichem Besitze aus, erkannte die Gutsunterthänigkeit der Bauern, soweit sie bestand, an und verbot dem Adel und Bauer die sogenannte bürgerliche Nahrung.[1] Die wirthschaftliche Abschließung der Geburtsstände wurde jedoch bereits durch die Reformgesetzgebung des Jahres 1807 beseitigt.[2] Das Princip der Gleichberechtigung suchte zur vollen Geltung zu bringen der Art. 4 der Verfassungsurkunde, nach welchem Standesvorrechte nicht mehr stattfinden sollen.[3] Als Zweck dieser Bestimmung ist Beseitigung sämmtlicher auf dem Geburtsstande als solchem beruhenden privatrechtlichen Unterschiede anzusehen;[4] dagegen geht ihre Absicht nicht dahin, diejenigen privatrechtlichen Verschiedenheiten aufzuheben, welche in dem Berufsstande, z. B. in dem Militärstande, in dem Stande der Geistlichen oder auch in der durchschnittlichen und präsumirten höheren Bildung gewisser Bevölkerungsklassen begründet sind. Solche Verschiedenheiten existiren daher noch in großem Maße im heutigen preußischen Rechte, wie sie auch durch die Verschiedenheit der bezüglichen Lebensverhältnisse zum Theil gerechtfertigt sind.

Das religiöse Bekenntniß war nach dem Vorbilde der späteren römischen Kaiserzeit bis in die neuere Zeit herab für die privatrechtliche Stellung der Individuen von Wichtigkeit und bildete die Quelle theils von Zurücksetzungen, theils von Bevorzugungen. Im Einklang mit der preußischen Verfassungsurkunde Art. 9 wurden dagegen durch das Reichsgesetz vom 3. Juli 1869 alle Rechtsnormen, welche aus der Verschiedenheit des religiösen

---

1) L. R. II, 9. §§. 37. 51, nach K. O. v. 18. Febr. 1775, N. C. C. V, S. 66. L. R. II, 9. §§. 76—79. 81. II, 7. §. 2 ff.

2) Aufgehoben wurden die Gutsunterthänigkeit und zwar letztlich vom 11. November 1810 ab, sowie die auf Erwerb von Grund und Boden gerichteten Standesvorrechte durch das Edikt betr. den erleichterten Besitz des Grundeigenthums vom 9. Okt. 1807 §§. 1. 2. 12.

3) Vorbehaltlich der Rechte der früheren Reichsunmittelbaren nach Art. 14 der deutschen Bundesakte von 1815. Gesetz vom 10. Juni 1854.

4) Insbesondere war es eine Streitfrage, ob durch die Bestimmung des Art. 4 der Verfassung die — auf Grund des Edikts vom 8. Mai 1739 cont. C. C. M. I. S. 251 — erlassene Vorschrift des L. R. II, 1 §. 30 beseitigt worden sei, nach welcher Adlige mit Frauen aus dem Bauern- oder niederen Bürgerstande ohne Erwirkung einer Dispensation keine Ehe zur rechten Hand schließen konnten. Dagegen entschied das O. Trib. Präj. 2485. Die Frage ist durch das Gesetz vom 22. Februar 1869 erledigt worden, welches die §§. 30—33 des L. R. aufhob. Jetzt ist auch zu vergl. Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 §. 39.

Digitized by Google

Bekenntnisses Beschränkungen der bürgerlichen oder staatsbürgerlichen Rechte herleiteten, aufgehoben.[5] Insbesondere gehören hiernach die privatrechtlichen Beschränkungen und Bevorzugungen der Juden der Rechtsgeschichte.[6] [7] Es ist hiermit nicht ausgeschlossen, durch Privatakte, z. B. Stiftungen, Zuwendungen an das religiöse Bekenntniß zu binden.

§. 47. Minderung der bürgerlichen Ehre.[1]

Nach heutigem preußischem Recht sind die schwereren Formen der Ehrenminderung an ein Straferkenntniß geknüpft in Uebereinstimmung mit dem älteren deutschen Recht, dessen härteste Ehrenminderung — die Rechtlosigkeit — Folge einer Strafverurtheilung wegen besonders schwerer Verbrechen war.[2] [3]

1. Der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte ist nach dem deutschen Strafgesetzbuch stets als besondre Strafe auszusprechen. Auf denselben kann neben der Todesstrafe, der Zuchthausstrafe, in bestimmten Fällen auch neben Gefängnißstrafen über drei Monaten erkannt werden;[4] die Aberkennung erfolgt nach dem Ermessen des Richters in Berücksichtigung des individuellen Charakters der That; nur bei einer Verurtheilung wegen Meineids und schwerer

---

5) In Folge des preußischen Gesetzes vom 9. März 1874 §. 56 Abs. 2 und des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 §. 39 sind auch die Bestimmungen, welche die Schließung einer Ehe wegen Verschiedenheit der Religion verboten, — vgl. l. 6 C. de Judaeis 1, 9. L. R. II, 1 §. 36 — aufgehoben. — Die Bestimmung von L. R. II, 2 §. 643 beseitigte das Gesetz vom 14. März 1871.

6) Schon das Edikt vom 11. März 1812 §. 20 stellte die Juden in ihren privatrechtlichen Verhältnissen andern Staatsbürgern gleich. Doch wurde dieses Edikt in den wieder und neu erworbenen Provinzen nicht eingeführt. Privatrechtliche Gleichstellung gewährte dann im Wesentlichen für die ganze Monarchie das Gesetz vom 23. Juli 1847 über die Verhältnisse der Juden. Partikularrechtlich findet sich, soweit das L. R. suspendirt ist, z. B. im Herzogthum Westphalen ein konfessionelles Recht der Verlöbnisse.

7) L. R. II, 11 §. 581 ff. Die Verordnung vom 30. August 1816 knüpft das Kirchenpatronat an das christliche Bekenntniß. Dies hebt eine aus der Natur der Sache folgende Qualifikation hervor und ist keine Beschränkung Andersgläubiger, also nicht durch das Reichsgesetz als aufgehoben zu erachten.

1) Reichsstrafgesetzbuch §. 31 ff. Berner Strafrecht 8. Aufl. §. 118.

2) Vgl. Stobbe, deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 303. Einen wesentlichen Einfluß auf das Strafgesetzbuch von 1851, welches freilich in den bezüglichen Bestimmungen durch das Reichsstrafgesetzbuch nicht unerheblich modificirt ist, hatte der code penal Art. 28. 34. 42 und 43.

3) Die römische Infamie hat auf das deutsche Rechtsleben keinen oder doch nur einen oberflächlichen und vorübergehenden Einfluß geübt, insbesondere gilt dies für die Fälle der s. g. infamia immediata, welche erwachsen auf dem Boden eines kleineren Gemeinwesens, in welchem Leben und Treiben eines jeden Bürgers notorisch war, schon deshalb auf die deutschen Verhältnisse zur Zeit der Reception des römischen Rechts nicht paßte. Die Aufhebung der Ehre im römischen Recht, die s. g. consumtio existimationis, ist dem modernen Rechte völlig fremd.

4) Strafgesetzbuch §. 32. Bereits Friedrich der Große hatte durch Reskript vom 10. Juli 1756 versucht, den Verlust der Ehre auch im Falle der Zuchthausstrafe von dem jedesmaligen richterlichen Ermessen abhängig zu machen. Die spätere preußische Gesetzgebung war aber hiervon abgegangen.

Digitized by Google

Kuppelei liegt sie dem Richter schlechthin ob.[5] Bei Verurtheilung zur Todesstrafe oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe kann die Aberkennung auf Lebenszeit geschehen, sonst stets nur auf bestimmte Zeit innerhalb der gesetzlichen Maximalgränzen.[6]

Der Verlust der Ehrenrechte hat vorzugsweise die Entziehung öffentlicher Rechte im Gefolge, insbesondre nimmt er die aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Stellungen des Verurtheilten, seine öffentlichen Aemter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen;[7] ferner bewirkt er für die Dauer des Ehrverlustes Unfähigkeit zur Erlangung der gedachten Auszeichnungen, Entziehung des aktiven und passiven Wahlrechts, des Rechts des Eintritts in das Heer und die Marine, des Tragens der Landeskokarde, endlich die Unfähigkeit als Sollennitätszeuge, und abgesehen von bestimmten Ausnahmen als Vormund, Pfleger und Familienrathmitglied zu fungiren.[8]

Wer die bürgerlichen Ehrenrechte verloren hat, kann auch aus eingetragenen wirthschaftlichen Genossenschaften sowie aus Innungen ausgeschlossen werden[9] oder seines Stimmrechts verlustig gehen.[10]

2. Eine beschränktere Ehrenminderung hat die rechtskräftige Verurtheilung zur Zuchthausstrafe im Gefolge. Sie bewirkt Unfähigkeit zum Dienst im Heer und zur Bekleidung öffentlicher Aemter und zwar für immer.[11]

---

5) Strafgesetzbuch §§. 161. 181.

6) Strafgesetzbuch §. 32 Abs. 2. §. 36. Die Ehrenminderung tritt ein mit der Rechtskraft des Straferkenntnisses, aber erst nach der Verbüßung oder etwaiger Verjährung oder dem Erlaß der Strafe läuft die im Urtheil festgesetzte Zeit.

7) Strafgesetzbuch §. 33. Zu den öffentlichen Aemtern gehört auch Advokatur und Notariat, sowie das Amt eines Geschwornen oder Schöffen Strafgesetzbuch §. 31. Vgl. auch deutsches Gerichtsverfassungsgesetz §. 32.

8) Strafgesetzbuch §. 34. Ueber die Unfähigkeit als Vormund vgl. Dernburg Vormundschaftsrecht 2. Aufl. S. 125. Der Verlust des Adels, den das preußische Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 §. 12 sub 2 vorschrieb, tritt nicht mehr ein. Auch die Unfähigkeit zur Eidesleistung — A. G. O. I, 10 §. 227 n. 7. Preuß. Strafgesetzbuch §. 12 sub 4 — ist beseitigt. Im Fall der Verurtheilung wegen Meineids ist aber nach dem Reichsstrafgesetzbuch §. 161 gemäß dem Vorbilde des kanonischen Rechts c. 14 caus. 22 quaest. 5 außer dem Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte auf die dauernde Unfähigkeit als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden zu erkennen. Daß hiernach auch für das Suppletorium und Purgatorium nach A. G. O. I, 13 §. 25. Plenarbeschluß des O. Trib. vom 4. Juli 1864 Entsch. Bd. 51 S. 15 Präj. n. 2737 Unfähigkeit des so verurtheilten Meineidigen besteht, kann nicht mit Fug in Zweifel gezogen werden. Die R. C. P. O. §. 439. läßt dagegen richterliches Ermessen walten.

9) Reichsgenossenschaftsgesetz vom 4. Juli 1868 §. 38. Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869 §§. 83. 86. Das Reichsstrafgesetzbuch, welches am 1. Januar 1871 in Kraft trat, hat, da es bloß privatrechtliche Beziehungen nicht treffen wollte, die bezüglichen Vorschriften der früheren Reichsgesetze nicht beseitigt.

10) Nach dem Reichsgesetz über die eingeschriebnen Hülfskassen vom 7. April 1876 §. 21 haben Personen, die nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte sind, kein Stimmrecht in den Generalversammlungen.

11) Strafgesetzbuch §. 31, Militärstrafgesetzbuch vom 20. Juni 1872 §§. 15. 31. 42. Nach dem preußischen Strafgesetzbuch §. 11 Abs. 2 zog die Verurtheilung

Digitized by Google

Das Recht zur Bekleidung öffentlicher Aemter kann auch unter bestimmten Umständen auf längere oder kürzere Zeit bei Gefängnißstrafe aberkannt werden.[12]

3. An gewisse Strafverurtheilungen knüpft das Civilrecht privatrechtliche Nachtheile. Die väterliche Gewalt insbesondere erlischt, wenn der Vater zu Zuchthaus oder mindestens zehnjährigem Gefängniß rechtskräftig verurtheilt ist.[13] Das Erleiden einer schmählichen Freiheitsstrafe wegen grobem Vergehens giebt dem unschuldigen Gatten des Bestraften ein Recht auf Scheidung.[14] Gesellschaften sind zur Ausschließung von Mitgliedern, die mit Kriminalstrafen belegt sind, befugt.[15]

Auch die Ausübung des Patronats geht bei gewissen Strafverurtheilungen und groben Verfehlungen verloren.[16]

Eine Begnadigung durch den König,[17] welche die Rehabilitirung der Ehre des Verurtheilten in sich schließt, stellt zwar die volle Rechtsfähigkeit wieder her, beseitigt jedoch nicht die eingetretnen Veränderungen seiner Rechtsstellung gegenüber Dritten.[18]

---

zur Zuchthausstrafe den Verlust der bürgerlichen Ehre von Rechtswegen nach sich. Diese Auffassung hat zwar das Reichsstrafgesetzbuch verworfen, weil über die Ehrlosigkeit nicht die Strafart, sondern die That mit ihren Beweggründen entscheide. Gleichwohl ist es in gewissem Maße in §. 31 wieder auf dieselbe zurückgegangen.

12) Vgl. insbesondre Strafgesetzbuch §. 35. Einführungsgesetz vom 31. Mai 1870 §. 5.

13) L. R. II, 2. §. 255. Das Fortbestehen dieser Bestimmungen neben dem Reichsstrafgesetzbuch ist anerkannt bei Johow Jahrbuch Bd. I S. 83. Bd. II S. 88, während u. A. Rüdorff S. 151 behauptet, daß andre Folgen als die im Reichsstrafgesetzbuch festgesetzten als Wirkung strafrechtlicher Verurtheilung nicht mehr vorkommen konnten. Das Strafgesetzbuch wollte jedoch sicher die bezüglichen rein civilrechtlichen Materien nicht ordnen.

14) L. R. II, 1 §. 704. Ueber die Auslegung des Paragraphen bestehen Streitfragen, die später zu erörtern sind.

15) L. R. I, 17 §. 274. Auf bloße Uebertretungen wird man dies nicht beziehen können.

16) Gesetz vom 8. Mai 1837 §. 6.

17) Verfassung vom 31. Januar 1850 Art. 49. Der König hat das Recht, im Wege der Gnade entweder bloß die Strafe zu erlassen oder auch die Ehrenrechte herzustellen, vgl. l. 17 l. 13 C. de sententiam passis 9, 51. Wie weit im einzelnen Fall sich die Begnadigung erstreckt, ist Sache der Interpretation des königlichen Erlasses. Ist jedoch Wiederherstellung der Ehre beabsichtigt, so pflegt dies ausdrücklich ausgesprochen zu werden; dem entspricht § 11 des Gesetzes vom 8. Mai 1837.

18) Lebt im Falle der Rehabilitirung des Verurtheilten die einmal untergegangene väterliche Gewalt desselben wieder auf? Hierüber haben schon die römischen Juristen gestritten, so daß Paulus und Ulpian die Frage verneinten, Papinian hingegen dieselbe bejahte, indem er zwar die Gültigkeit der in der Zwischenzeit vorgenommenen Rechtsakte des Kindes des Verurtheilten anerkannte, in der Wiedereinsetzung in die frühere Ehrenstellung aber auch die Wiederverleihung der väterlichen Gewalt begriffen fand. Die Ansicht Papinians ist dadurch, daß sie Konstantin in der l. 13 C. de sententiam passis 9, 51 adoptirte, die gemeinrechtliche geworden. Uns erscheint die Auffassung von Ulpian als die richtigere, da die Rehabilitirung des

Digitized by Google

4. Neben der Ehrenminderung, welche sich an eine Verurtheilung zu öffentlicher Strafe knüpft, hat auch der auf grober Unsittlichkeit beruhende üble Ruf, entsprechend der römischen turpitudo, in bestimmten Beziehungen rechtliche Bedeutung. Er gibt das Recht zur Entziehung des Pflichttheils.[19] Insbesondere ist aber die geschlechtliche Bescholtenheit der Frauenspersonen für die Ansprüche aus einer außerehelichen Schwängerung von Bedeutung.[20] [21]

§. 48. Geschlecht.

Auch darin steht das moderne Privatrecht im Gegensatze gegen das mittelalterliche, daß das Geschlecht eine wesentliche Verschiedenheit der privatrechtlichen Fähigkeit nicht mehr begründet.[1] Nach der ältesten römischen und germanischen Rechtsordnung freilich hatte der Mann allein die volle Rechtsfähigkeit, theils um deswillen, weil der Frau die Wehrfähigkeit fehlte, welche als Bedingung vollen Rechtes galt, theils, weil sie zur selbständigen Bewirthschaftung des Grundeigenthums, des wesentlichsten Bestandtheils des damaligen Volksvermögens, nicht geeigenschaftet schien. Es ergab sich hieraus insbesondere Zurücksetzung im Erbrechte, von der sich noch heutzutage Reste in der regelmäßigen Ordnung der Lehens- und der Fideikommißsuccession erhalten haben.[2] In einer späteren Epoche erkannte man zwar im Allgemeinen die Gleichberechtigung der Frauen an, glaubte dieselben jedoch gegen die Gefahren privatrechtlicher Selbständigkeit durch schützende Maßregeln sichern zu müssen. Hierauf beruhte namentlich die Nothwendigkeit vorgängiger, gerichtlicher Verwarnung der Frauen bei Verbürgungen, sowie der gerichtlichen Form bei ihren Intercessionen jeder Art, welche das Landrecht im Anschlusse an die durch das S. C. Vellejanum hervorgerufene gemeinrechtliche Doktrin erforderte. In neuester Zeit sind jedoch alle besonderen gesetzlichen Bestimmungen über die Intercessionen der Frauen aufgehoben worden.[3] Es bedürfen noch Frauen bei gewissen Angelegenheiten eines Bei-

---

Verurtheilten die inzwischen entstandenen Rechte Dritter nicht beeinträchtigen, dem Vater also auch nicht die väterlichen Rechte, insbesondere den Usufrukt am Vermögen der Kinder zurückverschaffen kann. Hiermit dürfte auch L. R. II, 2. §. 259 übereinstimmen. Die Bestimmungen von L. R. II, 2. §§. 262. 265 beziehen sich auf die leichtere Gefängnißstrafe des §. 260.

19) L. R. II, 2 §§. 409. 410.

20) Gesetz vom 24. April 1854. §. 9.

21) Die Anrüchigkeit des älteren deutschen Rechtes, welche sich an gewisse Eigenschaften knüpfte, insbesondere an uneheliche Geburt, unehrliche Gewerbe (Schinder), hat keine Bedeutung mehr für das heutige Recht. Ueber die Stellung der Unehelichen vergl. namentlich L. R. II, 2. §. 662 ff.

1) L. R. I, 1 §. 24. I, 5 §. 23. 2) L. R. II, 4 §. 189 ff.

3) Gesetz vom 1. December 1869. Speciell sind in diesem Gesetze als aufgehoben bezeichnet L. R. I, 14 §§. 220—244. 256. 308. 407—412. II, 1. §§. 273. 341. 343. 344. 891. 892. §§. 48 u. 75 des Anhangs zum Landrechte. Weggefallen ist auch A. G. O. II, 1 §. 9 n. 8 u. 9, vgl. Philler bei Gruchot Bd. 14. S. 587 ff.

Digitized by Google

standes,[4] worin ein eigenthümlich gestalteter Rest der altdeutschen Geschlechtsvormundschaft liegt, die als solche durchweg beseitigt ist.[5] [6]

Verheirathete Frauen sind, da sie unter ehemännlicher Vormundschaft stehen, in wichtigen Beziehungen in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt. Auch müssen sie solche Geschäfte gerichtlich errichten, durch welche sie sich in stehender Ehe dem Manne oder zu dessen Vortheil verbindlich machen.[7] [8]

---

4) So die großjährige, nicht unter väterlicher Gewalt stehende Braut bei Abschluß eines Verlöbnißvertrages L. R. II, 1 §. 88, sowie bei Einführung der Gütergemeinschaft durch Vertrag L. R. II, 1 §. 358, endlich die Ehefrau, die sich in stehender Ehe dem Ehemann oder zu dessen Vortheil verpflichten will. Die Beistände hält nach Erlaß der Vormundschaftsordnung für beseitigt Koris bei Gruchot Bd. 20 S. 509. vgl. dagegen Dernburg Vormundschaftsrecht 2. Aufl. S. 25, Loewenstein a. O. 2. Aufl. S. 139.

5) Die Geschlechtsvormundschaft, welche sich provincialrechtlich nach Erlaß des Landrechts erhalten hatte, ist seitdem durchweg aufgehoben worden.

6) Frauen dürfen nicht Gewerbe wider Willen des Mannes treiben L. R. II, 1 §. 195. Nach öffentlichem Recht steht die Frau in Bezug auf das Recht zum Gewerbebetrieb dem Manne völlig gleich Reichsgewerbeordnung §. 11.

7) L. R. II, 1 §. 198. Da hiernach die Nothwendigkeit gerichtlicher Form für solche Geschäfte fortbesteht, durch welche sich die Frau ihrem Manne oder zu dessen Vortheil verbindlich macht, so frägt es sich, ob Verbürgungen und Intercessionen der Frauen zu Gunsten ihrer Männer trotz des Gesetzes vom 1. December 1869 gerichtlich zu vollziehen sind, da solche Geschäfte unter die beibehaltene Gesetzesbestimmung zu fallen scheinen. Die Frage ist zu verneinen. Das Gesetz vom 1. December 1869 ließ die Vorschrift von L. R. II, 1 §§. 198—201 unberührt, weil dieselbe auch Anderes betrifft als Intercessionen, aber auch nur insoweit sie Anderes betrifft. Es ergiebt sich dies aus der ausdrücklichen Aufhebung von L. R. II, 1 §. 344, welcher Paragraph eben die Form der Intercessionen der Frau für den Mann auf Grundlage von II, 1 §. 198 regelt und bei dessen Beseitigung offenbar nicht die Absicht war, daß gleichwohl L. R. II, 1 §. 198 wieder für die Intercessionen der Ehefrauen in Kraft treten soll. Es folgt dies aber auch aus der allgemeinen Tendenz des Gesetzes vom 1. December 1869. Im Gegensatze zum bisherigen Rechte sind hiernach die Intercessionen der Frauen zu Gunsten ihrer Männer vor anderen zu Gunsten der Männer geschlossenen Geschäften der Frauen sogar bevorzugt. Die hier vertheidigte Ansicht ist vom Obertribunal adoptirt Entsch. Bd. 78. S. 181. Gegen dieselbe Krämel bei Gruchot Bd. 21. S. 762.

8) Wie das römische Recht (l. 10 D. de statu hom. 1, 5) kennt auch das preußische L. R. I, 1. §. 19—24 keine geschlechtliche Stufe zwischen Mann und Weib. Zwitter bestimmen nach der Vorschrift des Landrechtes ihr Geschlecht selbst nach zurückgelegtem achtzehnten Jahre (der plena pubertas der Römer). Die Wahl kann auch durch konkludente Handlungen geschehen, insbesondere schon in der Wahl männlicher oder weiblicher Kleidung liegen. Dritte, deren vorher begründete Rechte durch solche Wahl beeinträchtigt werden, können eine Entscheidung durch Sachverständige fordern, die sich nach der Prävalenz des Geschlechtes richtet. Liefert die Untersuchung kein bestimmtes Resultat, so kann begreiflich die vom Zwitter getroffene Wahl nicht umgeworfen werden. Bei der Eintragung des Geburtsfalls in die Standesregister ist zwar das Geschlecht zu bezeichnen, Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 §. 22. Doch gehört diese Angabe nicht zu denen, welchen nach §. 15 Beweiskraft bis zum Gegenbeweis innewohnt, da sie nur eine Bezeichnung der Eigenschaften des Eingetragenen enthält. Vgl. jedoch Hinschius Kommentar zum Reichsgesetz §. 22.

Digitized by Google

II. Juristische Personen.[1]

§. 49. Einleitung.

Die Organisation der bürgerlichen Gesellschaft beruht auf der Vertheilung der äußeren Güter an die Privatwirthschaften der Einzelnen. Daneben aber sind gewisse Vermögen allgemeineren Zwecken dienstbar, indem sie theils der Gesammtheit des Staates, theils einzelnen Klassen der Gesellschaft, theils gewissen Anstalten und Einrichtungen vorbehalten sind. Es liegt hierin wirthschaftlich ein Gegensatz gegen die ausschließliche Herrschaft des Privateigenthums. Jedoch sind für die Bestimmung des Verhältnisses solcher Gemeinheiten und Anstalten zu dem ihnen zugewiesenen Vermögen, wie auch für die Grundsätze, nach welchen dieselben am Verkehre Theil nehmen, Rechtsregeln erforderlich, welche sachgemäß wiederum der gewöhnlichen Theorie des Privatrechts entnommen werden, in der diese Dinge bereits geordnet sind. Das römische Recht vermittelte dies dadurch, daß es die gedachten socialen Größen als Personen auffaßte, welchen Vermögen in derselben Art wie Privaten zugehört.[2] In Folge dessen treten diese Institutionen, obgleich wirthschaftlich dazu bestimmt, der Einseitigkeit des Privateigenthums die Wage zu halten, nach juristischer Betrachtung wiederum in dessen Rahmen ein. Dieser sachgemäßen Behandlung sich anschließend bezeichnet das Landrecht solche Gemeinheiten und Anstalten als moralische Personen;[3] nicht selten sprechen aber die preußischen Gesetze auch von einer Ausstattung

1) Eine monographische Bearbeitung der Lehre von den juristischen Personen nach preußischem Rechte fehlt. Auch haben sie einige der vorzüglichsten Handbücher des preußischen Rechtes nicht in den Kreis der Darstellung gezogen; vgl. jedoch Förster Bd. 4 §. 280 ff. Desto zahlreicher sind die Bearbeitungen des gemeinen Rechtes vgl. besonders Savigny Bd. II. §. 85—102. Brinz Pandekten Bd. 2. S. 979 ff. Beseler Volksrecht Kap. 6. Deutsches P. R. §§. 66—72. Gerber §§. 49—57. Bluntschli §§. 33—45. Gierke, das deutsche Genossenschaftsrecht. 1868 ff. Windscheid I. §. 57 ff.

2) Die Beseitigung des Begriffes der juristischen Person ist neuestes Bestreben von Brinz Pand. II. S. 979 ff. in einer sonst lehrreichen und vielfaches Material bietenden Abhandlung. Zweckvermögen soll die Stelle der juristischen Person einnehmen. Allein jedes Vermögen dient den Zwecken dessen, dem es angehört. Das ist nichts Charakteristisches. Und giebt es nicht Institutionen, Gymnasien, Universitäten, welche Vermögensfähigkeit, noch aber kein Vermögen haben? Wie konstruirt sich also solche Vermögensfähigkeit nach jener Auffassung? Geht man freilich, wie dies Brinz thut, von vornherein davon aus, daß Person ein physisches Subjekt bezeichnet, so wird der Begriff der juristischen Person zum Unding, faßt man Person als „Rechtssubjekt," so ergiebt sich die juristische Person der Betrachtung von selbst. Doch ein tieferes Eingehen wäre hier nicht am Platze.

3) Der Ausdruck „moralisch" wurde im vorigen Jahrhundert für alles Transcedente, also über das Natürliche Hinausgehende gebraucht. Moralische Person bezeichnete daher im weiteren Sinne eine jede durch die Idee vermittelte Zusammenfassung von Personen, daher selbst mehrere Vormünder in ihrer Gemeinschaft als eine moralische Person bezeichnet werden, L. R II, 18. §. 115. Juristische Personen im eigentlichen Sinne werden mit dem Ausdrucke bezeichnet L. R. I, 14. §. 174. I, 23. §. 3. A. G. O. I, 1. §. 33. I, 2. §§. 103 u. 104. Hypothekenordn. §. 7.

Digitized by Google

mit Korporationsrechten, um die juristische Persönlichkeit zu bezeichnen, da die Korporationen als die vorzüglichste Art juristischer Personen gelten.

Die Bildung von Vereinigungen und Anstalten, welche in einem selbständigen Vermögen die Gewähr der Dauer und die Mittel zur Macht finden, ist für den Staat nicht gleichgültig. Solche Institutionen fördern vielfach die Zwecke des Staates; unter Umständen aber sind sie im Stande, dieselben zu durchkreuzen und der Verfassung des Staates und seiner Ordnung bedrohlich zu werden. Darum mischen sich in die Regelung der Verhältnisse der juristischen Personen durchweg politische und polizeiliche Motive. Die römische Kaiserzeit hatte geradezu das Zusammentreten von Vereinen, selbst wenn sie nicht korporative, sondern nur vorübergehende Zwecke verfolgten, bei Strafe verboten[4] und eine Vereinsbildung nur ausnahmsweise im Falle einer besonderen Staatsgenehmigung verstattet. Verwandte Bestrebungen im vorigen Jahrhundert in Deutschland gingen doch nicht so weit. Das Zusammentreten zu einfachen Gesellschaften hinderte man nicht schlechthin;[5] die Machtmittel dagegen, welche die korporative Verfassung gewährt, glaubte man für Vereine und Anstalten von besonderer landesherrlicher Genehmigung abhängig machen zu müssen.[6] Vor Allem die gewaltige Stellung, welche der Jesuitenorden eingenommen hatte und die zu seiner Auflösung führte, schien in der Mitte des vorigen Jahrhunderts das Bedürfniß solcher Genehmigung, sowie fortdauernder Ueberwachung darzuthun.

A. Die allgemeine Theorie der juristischen Personen.

§. 50. Entstehung der juristischen Personen.[1]

Eine juristische Person entsteht dadurch, daß sich eine Gemeinheit mit korporativem Zweck bildet oder daß eine Anstalt gegründet wird, welche eine

4) l. 1. pr. D. quod cujusque univ. 3, 4.

5) Das Landrecht gestattete II, 6. §§. 1—10 Zusammentreten zu erlaubten Gesellschaften, dagegen belegte es Zugehörigkeit zu gemeingefährlichen und ausdrücklich von der Obrigkeit verbotenen Gesellschaften mit Strafen, vergl. auch L. R. II, 20. §§. 184. 185. Das Edikt vom 20. Oktober 1798 (N. C. C. M. X. S. 1775), erklärte dann aber alle politischen Verbindungen und solche, bei denen man Gehorsam gegen unbekannte Obere versprach oder sonst geheime Zwecke verfolgte, schlechthin für verboten. Diese Vorschriften dehnte die Verordnung vom 6. Januar 1816 auf die ganze Monarchie aus. Nach der Verfassungsurkunde Art 30 ferner haben alle Preußen das Recht, sich zu solchen Zwecken, welche den Strafgesetzen nicht zuwiderlaufen, in Gesellschaften zu vereinigen. Polizeiliche Bestimmungen behufs der Ueberwachung trifft die Verordnung über den Mißbrauch des Vereinigungs- und Versammlungsrechtes vom 11. März 1850.

6) Confirmatio principis (Vorwissen und Einwilligung) fordern u. A. Berger oeconomia juris lib. I. 1. §. 18. n. 2. Leyser medit. sp. 54. m. 2 et 3. Dagegen war dem älteren deutschen Rechte eine solche aus dem römischen Rechte abstrahirte Nothwendigkeit polizeilicher Genehmigung völlig fremd. Vergl. Beseler P. R. §. 67.

1) Die Verfassungsurkunde Art. 31 verfügt: „Die Bedingungen, unter welchen Korporationsrechte ertheilt oder verweigert werden, bestimmt das Gesetz." Ein bezügliches Gesetz ist nicht erlassen.

Digitized by Google

selbständige Existenz und eine eigne Vermögensfähigkeit für sich in Anspruch nimmt. Die besondere Weise dieser Bildung hängt von der Art der betreffenden Institution ab; Korporationen bedürfen des Zusammentretens Mehrerer, Stiftungen der Unterlage eines Vermögens, mit welchem dieselben durch letztwillige Verfügung oder einen Akt unter Lebenden ausgestattet worden sind, kirchliche sowie Lehranstalten treten mit Inangriffnahme ihrer Berufsthätigkeit ins Leben. So bildeten sich dereinst autonom die wichtigsten juristischen Personen vor aller Gesetzgebung, theilweise vor dem Staate selbst.

Das Landrecht fordert aber für die Ausstattung einer Institution mit Korporationsrechten außerdem, daß ihre Bestimmung für dauernde gemeinnützige Zwecke Seitens des Staates konstatirt werde. Die Konstatirung erfolgt der Regel nach durch eine besondere Genehmigung[2] der fraglichen Vereinigung oder Anstalt Seitens der Obrigkeit. In einigen Fällen soll schon stillschweigende Genehmigung, also bloße Duldung genügen.[3] Die Genehmigung ist überflüssig, wenn bereits bei der Gründung die Mitwirkung der kompetenten Staatsbehörde eintrat.

Auch bei Ertheilung der Korporationsrechte handelt die Obrigkeit als Verwaltungsbehörde, nicht, wie vielfach behauptet wird, als Gesetzgeber. Mit anderen Worten, es wird nicht etwa das Korporationsrecht durch Specialgesetze geschaffen, vielmehr nur der Thatbestand dauernder Gemeinnützigkeit, an welchen das Gesetz die Korporationsrechte knüpft,[4] durch einen Regierungsakt konstatirt. Nur für solche Kategorien von Religionsgesellschaften, welche bis zum Erlaß der Verfassung noch nicht mit Korporationsrechten bedacht waren, sowie für geistliche Gesellschaften, verhält es sich

---

2) L. R. II, 6 §. 25. Daher denn Korporationen, privilegirte und öffentliche Korporationen für das Landrecht identische Ausdrücke sind. Vergl. L. R. II, 7 §. 19 und II, 8. §. 108.

3) So nach L. R. II, 19 §. 42 bei Armen- und anderen Versorgungsanstalten.

4) Aehnlich ist das Verhältniß der Korporationen im römischen Rechte. Das Zusammentreten zu Vereinen und Gesellschaften, also auch zu korporativen Verbindungen, bedurfte in Rom staatlicher Genehmigung aus polizeilichen Gründen; l. 1. l. 3. §. 1. D. de collegiis et corporibus illicitis 47, 22. l. 1. pr. D. quod cujusque universit. 3, 4, oben §. 49 Anm. 4; genehmigte Vereinigungen mit korporativen Zwecken hatten aber dort ohne Weiteres nach der Rechtsordnung juristische Persönlichkeit. l. 1. §. 1. D. quod cujusque universit. Die Doktrin seit Anfang des 18. Jahrhunderts (vgl. Mühlenbruch Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles 1828 S. 106, Savigny II. S. 258) verwechselte aber die polizeiliche Genehmigung (jus confirmandi) mit einem durchaus nicht erforderlichen Specialgesetz (jus constituendi) über Ertheilung der Rechtsfähigkeit an die Genossenschaft oder Stiftung. Dagegen Beseler Volksrecht S. 169 ff., P. R. §. 67, neuerdings auch Windscheid I. §. 60. Brinz Pand. II. S. 1063 ff. Die Verwechselung ist besonders bedenklich im Verfassungsstaate. Läge in der Konzessionirung einer juristischen Persönlichkeit ein Specialgesetz, so wäre, wie dies z. B. Koch P. R. §. 56 annimmt, die Mitwirkung der Häuser des Landtags bei Ertheilung von Korporationsrechten nöthig. In der That ist aber die erforderliche Genehmigung ein einfacher Verwaltungsakt, welcher denn auch vielfach den Provinzialbehörden überlassen ist.

Digitized by Google

anders in Folge einer ausdrücklichen Vorschrift der Verfassungsurkunde. Sie können gemäß dieser Bestimmung Korporationsrechte nur durch Gesetz erhalten.[5]

§. 51. Die einzelnen juristischen Personen.

1. Juristische Persönlichkeit kommt zu dem deutschen Reich, dem preußischen Staat und den ihm angehörigen kommunalen Verbänden, also den Provinzen,[1] den kommunalständigen Verbänden, den Kreisen,[2] den Stadtgemeinden,[3] den Amtsverbänden[4] und den Landgemeinden.[5][6] Als dem Staat zugehörige Korporationen gelten auch die landschaftlichen Kreditverbände. Auch die unter der Aufsicht und Leitung des Reichs stehende Reichsbank hat juristische Persönlichkeit.[7] Die Zünfte haben heutzutage keinerlei Beziehung mehr zur Stadtverfassung. Gleichwohl haben sie sich ihre juristische Persönlichkeit erhalten, ohne daß aber ein Zwang zum Eintritte der Gewerbsgenossen in die Zunft besteht.[8] Korporationsrechte haben ferner die Universitäten, die Gymnasien,[9] seien sie nun staatlicher oder städtischer Stiftung, und die Schulgemeinden.[10]

2. Eine weitere Reihe juristischer Personen begründet der religiöse Kultus.

Vor allem gilt dies für die evangelische Landeskirche und die römisch-katholische Kirche, welche eine historisch begründete und durch die Lebensver-

---

5) Art. 13 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850.

1) Provinzialordnung für die Provinzen Preußen, Brandenburg, Pommern, Schlesien und Sachsen vom 29. Juni 1875 §. 1. vgl. Gesetz vom 5. Juni 1823. III. 4. Sieh übrigens weiteres Detail bei Turnau G. B. O. 1878 Bd. 2 S. 144 ff.

2) Kreisordnung für die genannten Provinzen vom 13. Dec. 1872 §. 2.

3) L. R. II, 8 §. 108. Städteordnung vom 30. Mai 1853 §. 9.

4) Kreisordnung vom 13. December 1872 §. 55.

5) L. R. II, 7 §. 19.

6) Neben den Landgemeinden stehen selbständige Gutsbezirke, welche nicht mehr identisch sind mit dem Privatbesitzthum des Gutsherrn, vielmehr als kommunale Einrichtung auch vom Gut abveräußerte Parcellen umfassen. Der Besitzer hat die Pflichten der Gemeinden Kreisordnung §. 31, Korporationsrechte des Gutsbezirks sind nicht anerkannt.

7) Reichsgesetz vom 14. März 1875 §. 12.

8) Noch L. R. II, 8. §. 112 hielt den ursprünglichen Zusammenhang der Zünfte mit der Stadtregierung durch die Vorschrift fest, daß die Repräsentanten der Stadtgemeinde über die Stadtangelegenheiten mit den Vorstehern der Zünfte und Korporationen Rücksprache nehmen sollten. Ueber die damalige Zunftverfassung siehe Näheres L. R. II, 8. §. 190 ff. Trotz der vollständig verwirklichten Gewerbefreiheit behielten nach der deutschen Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 §§. 81. 97, welche mit der älteren preußischen hierin konform ist, bestehende Zünfte Korporationsrechte und erlangen neue Innungen dieselben durch Bestätigung ihrer Statuten.

9) L. R. II, 12. §§. 54. 67.

10) L. R. II, 12. §§. 18. 19. Entscheid. des Obertrib. Bd. 26. S. 301.

Digitized by Google

hältnisse gerechtfertigte ausgezeichnete Stellung haben.[11] Korporationsrechte haben ihre einzelnen Kirchen, so daß nach a. L. R. als Subjekte und Eigenthümer die Kirchgemeinden gelten;[12 13] außerdem haben Persönlichkeit die durch ihre Verfassung bedingten staatlich als besondre Rechtssubjekte anerkannten Anstalten, wie die römisch-katholischen Bisthümer,[14] gewisse Seminare, Klöster, Stifte und Orden;[15] endlich hat auch die evangelische Landeskirche als solche Rechtssubjektivität bezüglich der ihr zugewendeten und ihrer Verwaltung anvertrauten Vermögen.[16] Als Mitglieder der römisch-katholischen Kirche werden übrigens staatlicherseits auch die das Vatikanische Konzil ablehnenden s. g. Altkatholiken angesehen, es haben demzufolge auch ihre Institutionen, insbesondre der staatlich dotirte altkatholische Bischofstuhl die Rechte juristischer Persönlichkeit.[17]

---

11) Vgl. Art. 14 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850. Zu den Privilegien der evangelischen und römisch-katholischen Kirchen gehört unter Anderm Befreiung der bei Inkrafttreten des Gesetzes vom 21. Mai 1861 denselben gehörigen Grundstücke von der Grundsteuer §. 4 sub e dieses Gesetzes. Von der Gebäudesteuer sind die gottesdienstlichen Gebäude aller religiösen Korporationen befreit. Gebäudesteuergesetz vom 21. Mai 1861 §. 3 sub 4.

12) L. R. II, 11. §. 170. „Kirchen sind das Eigenthum der Kirchengesellschaften, zu deren Gebrauch sie bestimmt sind." So nach Boehmer jus eccles. Protest. III. cap. V. §. 30, vergl. Jacobson das evangelische Kirchenrecht des Preußischen Staates II. S. 637, Hübler der Eigenthümer des Kirchengutes S. 78 ff.

13) Nach kanonischem Rechte ist die Frage des Eigenthumssubjekts bezüglich des Vermögens der Kirchen bestritten. Die eine Ansicht sieht die allgemeine katholische Kirche als Eigenthümerin des Kirchenguts an. Brinz Pand. II. S. 1019. Die andre erachtet die Pfarrkirchen als selbständige Träger der juristischen Persönlichkeit. Vgl. auch Schulte die juristische Persönlichkeit der katholischen Kirche 1869. Die Anwendung der Bestimmungen des L. R. in dessen Gebiet bleibt hierdurch unberührt. So auch Hinschius die preußischen Kirchengesetze der Jahre 1874 und 1875 S. 125. Das Gesetz über die Vermögensverwaltung in den katholischen Kirchengemeinden vom 20. Juni 1875 läßt die Frage offen.

14) Dies ist unter Anderem anerkannt im Gesetz über die Verwaltung erledigter Bisthümer vom 20. Mai 1874 §. 6, wonach die Staatskommissarien unter den dort bezeichneten Voraussetzungen „das dem bischöflichen Stuhl gehörige und das der Verwaltung des Bischofs unterliegende Vermögen" in Verwahrung und Verwaltung nehmen.

15) L. R. II, 11. §§. 939. 940. Verfassung vom 31. Januar 1850. Art. 13. Nach Erlaß der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 können zwar Korporationsrechte an Klöster nur auf Grund eines Gesetzes ertheilt werden. Thatsächlich wurde jedoch diese Bestimmung vielfach dadurch umgangen, daß Korporationsrechte für milde Stiftungen — Waisenhäuser, Krankenhäuser u. s. w. — nachgesucht werden, an welchen dann den geistlichen Orden angehörende Personen wirken. In Folge ihres Aufsichtsrechtes über solche Stiftungen ist die Staatsregierung in der Lage, etwaigen hieraus sich ergebenden Mißständen jederzeit entgegenzutreten.

16) Gesetz vom 3. Juni 1876 §. 19.

17) Darüber, daß die s. g. Altkatholiken zur römisch-katholischen Kirche gehören bis sie ausgetreten oder rechtsgültig ausgeschlossen sind, vergl. Gruchot Bd. 19 S. 230 auch S. 249. Ob aber mit dieser Zugehörigkeit die Errichtung selbständiger Organisationen für deren Gemeinschaft und die Bestimmungen des Gesetzes betreffend die Rechte der altkatholischen Kirchengemeinschaften an dem kirchlichen Vermögen vom

Digitized by Google

Andre Religionsgesellschaften sind entweder öffentlich aufgenommene oder bloß geduldete,[18] erstere haben Korporationsrechte, letztere entbehren derselben. Korporationsrechte besitzen derzeit die Herrenhuter,[19] Altlutheraner,[20] Juden,[21] Mennoniten, Wiedertäufer,[22] soweit deren einzelne Gemeinden mit Rücksicht auf ihre Prästationsfähigkeit zur Erhaltung ihres Kirchensystems staatliche Anerkennung erhalten; bloß geduldet sind unter Andern die Deutschkatholiken, Freigemeinden, Irvingianer, Anglikaner.[23]

3. Durch Staatsgenehmigung gewinnen gemeinnützige Stiftungen Persönlichkeit. Armen- und Versorgungsanstalten erhalten sogar im Fall bloß stillschweigender Genehmigung Korporationsrechte und die Rechte der Kirchengüter. Hiernach steht auch den Vereinen zu gegenseitiger Unterstützung in Krankheits-, Sterbe- oder sonstigen Nothfällen nach ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung ihrer Statuten durch die zuständigen Behörden juristische Persönlichkeit zu.[24] [25] Solche haben insbesondre auch die bergmännischen Knappschaftsvereine.[26] Es müssen ferner als s. g. eingeschriebene Hülfskassen von den Behörden mit Rechten juristischer Persönlichkeit zugelassen werden Vereine zu gegenseitiger Unterstützung in Krankheitsfällen, falls dieselben den Vorschriften des Reichsgesetzes entsprechen.[27]

4. Natürlich können auch andere Vereinigungen und Anstalten Korporationsrechte gewinnen, falls dieselben sich korporativ gestalten wollen und

---

4. Juli 1875 logisch vereinbare Thatsachen sind, muß hier dahingestellt bleiben. Vgl. übrigens Hinschius die Kirchengesetze S. 177 ff.

18) L. R. II, 11 §. 17. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 28 S. 367, gemäß welcher auch vor Erlaß der Verfassung die bloße Genehmigung, welche Duldung vermittelte, der Aufnahme nicht gleichstand.

19) Vgl. das bei Rönne Erg. zu L. R. II, 11 Bd. 2 S. 711 abgedruckte Reskript.

20) Verordnung vom 23. Juli 1845.

21) Gesetz vom 23. Juli 1847 betr. die Verhältnisse der Juden §. 35 ff. vgl. hierzu Gesetz vom 28. Juli 1876 betr. den Austritt aus der jüdischen Synagogengemeinde §. 8, wonach aus den Ausgetretenen durch königliche Verordnung Synagogengemeinden gebildet werden können.

22) Gesetz vom 12. Juni 1874. Gesetz vom 7. Juli 1875.

23) L. R. II, 11 §. 20. vgl. auch das Patent vom 30. März 1847 die Bildung neuer Religionsgesellschaften betreffend. Geduldet werden alle Religionsgesellschaften, solange dieselben nicht den Gesetzen, insbesondere dem Vereinsgesetz vom 11. März 1850 zuwiderhandeln, welches nur auf religiöse Vereine mit Korporationsrechten nach §. 2 keine Anwendung findet.

24) L. R. II, 19 §. 42 ff. vgl. oben §. 50. Ueber die Frage, ob §. 42 nur Anstalten, d. h. Stiftungen zu milden Zwecken betrifft, oder auch auf Vereine zu beziehen ist, vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 23 S. 356 und die Ausführung des R. O. H. G. Bd. 17 S. 88, welche sich der ausdehnenden Interpretation anschließen.

25) Gesetz vom 3. April 1854 betreffend die gewerblichen Unterstützungskassen §. 4. L. R. I, 11 §. 651. Gewerbeordnung §. 140.

26) Berggesetz vom 24. Juni 1865 §. 165.

27) Reichsgesetz vom 7. April 1876 §§. 3. 4. Die Zulassung erfolgt durch den Regierungspräsidenten. Kompetenzgesetz vom 26. Juli 1876 §. 149 ff.

Digitized by Google

Seitens der Staatsregierung die Anerkennung als Korporation erhalten haben.[28]

5. Das Landrecht erklärt endlich die Familien in Bezug auf ihnen zustehende Familienstiftungen und Fideikommisse als juristische Personen.[29]

Häufig finden sich Stiftungen, welche einer selbständigen juristischen Persönlichkeit entbehren, deren Zwecke vielmehr durch eine andere juristische Person verwirklicht werden sollen, z. B. Stipendienstiftungen, deren Verwaltung einer Universität übertragen ist, oder für Unterrichts- und Wohlthätigkeitszwecke bestimmte Lokalstiftungen, die einer Stadtgemeinde überwiesen sind.[30] Die Korporation ist dann verpflichtet, mit den Stiftungsmitteln die Stiftungszwecke in der vom Stifter vorgeschriebenen Weise zu verwirklichen. Die Oberaufsichtsbehörde hat das Recht und die publicistische Pflicht, gegen etwaige stiftungswidrige Verwendung der Mittel der Stiftung einzuschreiten.[31]

§. 52. Innere Verfassung der Korporation.

Die juristischen Personen sind so mannichfach gestaltet, daß eine allgemeine Theorie ihrer inneren Verfassung unthunlich ist; dagegen beruht die Verfassung der Korporationen bei aller Verschiedenheit im Einzelnen auf gemeinsamen Grundzügen.

Die Verfassung der Korporationen gründet sich entweder auf Gesetze des Staates[1] oder auf besondere Statuten, sowie statutenmäßig gefaßte

---

28) Es haben z. B. Korporationsrechte durch besonderes Privilegium gewisse Freimaurerlogen und deren Töchterlogen.

29) L. R. II, 4 §. 73. Die ältere gemeinrechtliche Doktrin, vergl. Höpfner Instit. §. 61, faßte nicht selten den Begriff der juristischen Person als identisch mit dem der Korporation, woraus sich unter Anderm erklärt, daß das Landrecht nur die Korporationen (II. 6) in einem besonderen Titel behandelt hat. Dieser Einseitigkeit zu begegnen hat die neuere Doktrin den Korporationen vorzugsweise die Stiftungen zugesellt, vgl. u. A. Savigny II. S. 242 ff. Erschöpfend ist dies nicht, da die mannichfachen Arten und Formen der juristischen Person sich keineswegs schlechthin unter jene beiden Kategorien bringen lassen; ein katholisches Bisthum z. B. oder ein Gymnasium lassen sich weder als Korporation noch als Stiftung entsprechend rubriciren.

30) Vergl. auch l. 1. l. 4. D. de adm. rer. ad civ. pert. 50, 8. Brinz Pand. II. S. 1029.

31) L. R. II, 6 §. 73 ff. Aenderungen sind nur zulässig, soweit der Staat das sogenannte jus reformandi gegen juristische Personen hat. L. R. II, 6 §§. 77. 169 ff.

1) Die Bestimmungen des L. R. II, 8 §. 108 ff., welche jener Zeit die Stadtverfassungen regelten, wurden ersetzt durch die auf neuen Grundlagen ruhende Städteordnung vom 19. November 1808 N. C. C. XII. S. 471. Jetzt gilt für die sechs östlichen Provinzen der Monarchie die Städteordnung vom 30. Mai 1853, für Westphalen die Städteordnung vom 19. März 1856, besondere Städteordnungen sind ferner für die Rheinprovinz und neuerdings für Schleswig-Holstein erlassen. Für die Landgemeinden der sechs östlichen Provinzen gilt neben den Bestimmungen von L. R. II, 7. Abschn. 2 insbesondre das Gesetz vom 14. April 1856; für Westphalen besteht eine Landgemeindeordnung vom 19. März 1856. Es kommen weiter in

Digitized by Google

Beschlüsse, welche staatlich genehmigt wurden.[2] Diejenigen Verfassungsbestimmungen nun, welche den Zweck der Korporationen und die nächsten Mittel seiner Ausführung regeln, bilden die Grundverfassung der Korporation. Diese Grundverfassung hat besondere Heiligkeit. Sie kann daher in der Regel nur durch einstimmigen Beschluß der Glieder der Korporation unter Staatsgenehmigung geändert werden und bindet die Mitglieder so, daß eine Dispensation von deren Vorschriften unzulässig ist. Andere Verfassungsbestimmungen können hingegen durch Mehrheitsbeschlüsse, jedoch auch nur unter Staatsgenehmigung, aufgehoben werden.[3]

Hinsichtlich derjenigen Verhältnisse, für welche Gesetze, Statuten und gültige statutarische Beschlüsse nicht Vorsorge treffen, treten diejenigen Bestimmungen ein, welche das Landrecht aus der allgemeinen Natur der Korporationen entwickelt hat.[4] Das Recht zur Verfügung über die Korporationsangelegenheiten wohnt hiernach der Mehrheit der Mitglieder inne.[5] Die Beschlüsse derselben werden theils in ordentlichen, theils in außerordentlichen Generalversammlungen gefaßt. Zu den letzteren sind sämmtliche Mitglieder zu laden, welche entweder selbst oder deren Bevollmächtigte bekanntermaßen in der Provinz Wohnsitz haben. Auch ist hier der Gegenstand der Verhandlung bei der Berufung anzugeben.[6] Alle wichtigeren

---

Betracht die Kreisordnung vom 13. December 1872, die Provinzialordnung vom 29. Juni 1875 und das s. g. Kompetenzgesetz vom 3. Juli 1875. Ueber die Verhältnisse der evangelischen Kirchengemeinden vgl. vorzugsweise die Kirchengemeinde- und Synodalordnung vom 10. September 1873 für die sechs östlichen Provinzen und das Gesetz vom 25. Mai 1874, sowie das Gesetz vom 3. Juni 1876, über die Verhältnisse der katholischen Kirche siehe das Gesetz über die Vermögensverwaltung in den katholischen Kirchengemeinden vom 20. Juni 1875 sowie das Gesetz vom 7. Juni 1876 über die Aufsichtsrechte des Staats, vgl. auch Hinschius die Preußischen Kirchengesetze der Jahre 1874 und 1875 S. 107.

2) L. R. II, 6. §. 26.

3) L. R. II, 6. §§. 28. 29. 38.

4) L. R. II, 6. §. 41 ff., cfr. Nettelbladt system. elem. univ. jurispr. nat. §. 404 ff. theilweise Quelle der bezüglichen Bestimmungen.

5) L. R. II, 6. §. 51 ff. Sind Weiber stimmberechtigt? Ja, wenn Statuten und Observanzen nicht entgegenstehen, da das Gesetz die Weiber nirgends ausschließt. vgl. L. R. II, 4. §. 11. — Stellvertretung ist nicht unzulässig, doch kann nur ein Korporationsgenosse zum Vertreter ernannt werden, L. R. II, 6. §. 61. Dies ist auch auf Vormünder und andere gesetzliche Vertreter anzuwenden, worüber man jedoch streiten könnte. Nach der Landgemeindeordnung vom 14. April 1856 §. 6 können Minderjährige durch ihren Vater, Stiefvater oder Vormund, Ehefrauen durch ihre Ehemänner, auswärts wohnende oder juristische Personen durch Pächter oder Nießbraucher in der Ausübung des Stimmrechtes, zu welchem sie ihr Grundbesitz befähigt, vertreten werden. Aehnlich Kreisordnung vom 13. December 1872 §. 97 bezüglich der Wahl der größeren Grundbesitzer zu den Kreistagen. — Im Falle der Stimmengleichheit entscheidet die vorgesetzte Behörde L. R. II, 6. §. 63.

6) Ist dies nicht geschehen, so müssen zwei Drittheile der Mitglieder anwesend sein. L. R. II, 6. §§. 54. 55. Es liegt hierin eine Reminiscenz an l. 2. l. 3. D. de decretis ab ordine fac. 50, 9, und an eine gemeinrechtlich verbreitete Doktrin

Digitized by Google

Maßregeln sind diesen außerordentlichen Versammlungen vorbehalten. Hierher gehört Auflegung neuer Beiträge, Kontrahirung von Schulden, Veräußerungen und Verpfändungen, welche nicht durch die laufende Administration bedingt sind, nicht weniger die Wahl von Vorstehern, Beamten, Repräsentanten. Der Einstimmigkeit aber und der Regierungsgenehmigung bedürfen Beschlüsse, welche nicht auf den ursprünglichen Zwecken der Vereinigung fußen, insbesondre über Auflegung solcher Beiträge, die weder in der Verfassung gegründet, noch durch den Korporationszweck bedingt, noch zur Tilgung rechtsgültiger Verbindlichkeiten nothwendig sind, ferner über Abänderung der Grundverfassung, endlich über Aufhebung der Korporation.[7] Die Berufung und Leitung der Generalversammlung geschieht durch den Vorstand. Jede Korporation muß einen Vorstand haben,[8] sie kann außerdem einen Syndikus und andere Beamte anstellen;[9] die Wahlen gelten für Lebenszeit, wenn die Dauer der Amtszeit nicht begrenzt wurde.[10] — Der Austritt aus der Korporation steht der Regel nach deren Gliedern frei.[11] Der Korporation kann nach ihrer Verfassung das Recht zur Auflegung von Geldstrafen gegen Mitglieder, welche sich ihr gegenüber verfehlen, zustehen,[12] auch ist sie zur Ausstoßung solcher Mitglieder berechtigt, welche dem Korporationszweck vorsätzlich oder beharrlich entgegenhandeln. Ueber die Rechtmäßigkeit solcher Strafen und Nachtheile steht dem Betroffnen der Rechtsweg offen.[13]

---

welche schlechthin Anwesenheit von zwei Dritteln der Stimmberechtigten zu gültigen Beschlüssen forderte. Eine andere Anwendung der zwei Drittel ist, daß die Frage, ob die Gesellschaft Repräsentanten ernennen will, durch zwei Drittel der anwesenden Mitglieder bejaht werden muß, L. R. II, 6. §. 116.

7) L. R. II, 6 §§. 180. 29. 64 ff.

8) L. R. II, 6 §. 137.

9) Ob ein Mitglied der Korporation nach Analogie der l. 18. §. 3. D. de mun. 50, 4 zur Uebernahme einer Beamtung gezwungen werden kann, war gemeinrechtlich bestritten. Dafür u. A. Lauterbach coll. Pand. h. t. 3, 4. §. 18. Berger oec. jur. IV. 10. th. 3 n. 3. Dagegen Glück Bd. 5. S. 312. Das Landrecht erkennt II, 6. §. 161 den Zwang zur Uebernahme an und läßt nur dieselben Exkusationsgründe, wie bei der Vormundschaft, zu.

10) L. R. II, 6. §. 170. Nach §. 172 soll jedoch der Staat die Korporationsbeamten aus den Gründen absetzen können, aus welchen er die eigenen Beamten ihres Amtes verlustig erklären kann. Für Gemeindebeamte enthält das Disciplinargesetz vom 21. Juli 1852 §. 78 besondere Bestimmungen.

11) L. R. II, 6. §. 182 ff., jedoch nur mit Ablauf des Rechnungsjahres vergl. II, 6. §§. 184. 185. Ueber den Austritt aus der Kirche vergl. Gesetz vom 14. Mai 1873.

12) Nach dem Gesetze über die Gränzen des Rechts zum Gebrauch kirchlicher Straf- und Zuchtmittel vom 13. Mai 1873 §. 1 sind Religionsgesellschaften u. A. zu Vermögensstrafen nicht befugt.

13) L. R. II, 6. §. 43. Entsch. des Obertrib. Bd. 7. S. 138. Das Obertribunal erkennt die Klage des ausgestoßenen Mitgliedes auf Theilnahme an der Korporation, auch abgesehen von dem etwaigen pekuniären Interesse desselben, an und hat selbst eine Privatverabredung für ungültig erklärt, welche die Ausschließung des

Digitized by Google

Sonderrechte einzelner Korporationsgenossen bezüglich des Korporationsvermögens oder auch des Antheils an der Verwaltung der Korporationsgeschäfte oder der Beschlußfassung über deren Angelegenheiten — s. g. jura singulorum — können ihnen ohne ihre Zustimmung durch Korporationsbeschlüsse nicht entzogen werden. Dies bezieht sich aber natürlich nicht auf bloß vergünstigungsweise eingeräumte Vortheile oder auf solche Befugnisse, welche ihnen im Interesse der Korporation und nicht als Sonderrechte übertragen wurden.

§. 53. Vertretung der juristischen Person nach Außen.

Die Vertretung der juristischen Person nach Außen ist für den Verkehr von besonderer Wichtigkeit. Sie ist zum Theil unmittelbar durch gesetzliche Bestimmungen geordnet. Der Staat insbesondre wird durch die Verwaltungsbehörden innerhalb ihres Ressorts, an höchster Stelle durch den Finanzminister vertreten. Die Vertretung der Stadtgemeinden geschieht durch deren Magistrate, die der protestantischen Kirchengemeinden durch den Gemeindekirchenrath, der katholischen durch den Kirchenvorstand, so daß das Verhältniß zu den Stadtverordneten [1] sowie zu den kirchlichen Gemeindevertretungen [2] eine innere Angelegenheit der Gemeinde bleibt. Die evangelische Landeskirche wird durch den evangelischen Oberkirchenrath, Universitäten werden nach Maßgabe ihrer Statuten meist durch die vorgesetzten Kuratoren, [3] Gymnasien und Schullehrerseminarien, insofern in der Ortsschulordnung keine besondere Bestimmung getroffen ist, durch die Provinzialschulkollegien ver-

---

gerichtlichen Verfahrens gegen eine etwaige Ausstoßung eines Mitgliedes zum Inhalte hat. Striethorst Archiv Bd. 7 S. 292 ff.

1) Dies wenigstens nach der Städteordnung vom 30. Mai 1853 §. 56. So auch A. O. H. G. Bd. 13 S. 332, dagegen E. Meier über den Abschluß von Staatsverträgen 1874 S. 45 ff. vgl. Schultzenstein bei Gruchot Bd. 18 S. 775. Bei Landgemeinden besteht das entgegengesetzte Princip. Nach der Landgemeindeordnung vom 14. April 1856 §. 10 Jff. 2 u. 3 bedarf es eines ordnungsmäßigen Gemeindebeschlusses, um die Vorsteher zu Rechtshandlungen zu befähigen. Vgl. Entsch. des Obertribunals Bd. 68 S. 95 und Anhang S. 29.

2) Ev. Kirchengemeinde- und Synodalordnung vom 10. September 1873 §. 22, Gesetz über die Verwaltung des kath. Kirchenvermögens §§. 8. 19. Dritten gegenüber wird die ordnungsmäßige Beschlußfassung über eine Rechtshandlung festgestellt durch die mittels des Amtssiegels beglaubigte Unterschrift des Vorsitzenden oder seines Stellvertreters und zweier s. g. Aeltester bei protestantischen, zweier Mitglieder des Kirchenvorstandes bei katholischen Gemeinden.

3) L. R. II, 12. §§. 67. 68. Steht die Vertretung der Universitäten nach außen den Kuratoren zu, welche die Organe des Ministers und nicht Beamte der Korporation sind, so ist dies principwidrig und auch praktisch unerwünscht. Indem nämlich in solcher Weise die Durchführung der ökonomischen Rechte der Universitäten in die Hände ministerieller Beamten gelegt wird, ist eine Verfolgung etwaiger Ansprüche der Universitäten und der ihrem Schutze anvertrauten Stiftungen gegenüber dem Staatsfiskus im Rechtswege, wie dieselbe z. B. bei Stadtgemeinden vorkommt, praktisch kaum zu erwarten.

Digitized by Google

treten.[4] Für Stiftungen muß die Aufsichtsbehörde eine Vertretung herstellen, wenn eine solche nicht stiftungsgemäß angeordnet ist, vorausgesetzt, daß sie nicht einer schon bestehenden Anstalt oder Korporation zugewiesen sind.[5] Korporationen finden, wenn Gesetz oder Statut nicht anders verfügt haben, ihre Vertretung in den Generalversammlungen, Zustellungen aber können an den Vorsteher geschehen,[6] auch kann der Proceßrichter verlangen, daß sie zum Behufe gerichtlicher Verhandlungen zwei oder drei Deputirte wählen.[7] Meist besitzen indessen die Korporationen Beamte, welche sie innerhalb des Kreises ihrer Kompetenz zu vertreten befugt sind. Auch können sie ihre Vertretung einem oder mehreren Repräsentanten[8] übertragen, solche stehen schlechthin an Stelle der Korporationen, Einschränkungen ihrer Vollmacht gelten nur, soweit dieselben Dritten, welche mit ihnen verhandelten, bekannt waren oder bekannt sein mußten; ihre Vollmacht ist durch Beschluß der Gesellschaft widerrufbar. Für einige Korporationen ist die Staatsbehörde befugt, die Ernennung von Repräsentanten zu erzwingen, äußersten Falles die provisorische Ernennung von Repräsentanten selbst vorzunehmen.[9]

Die einzelnen Mitglieder der Korporationen repräsentiren dieselbe an und für sich nicht. Gleichwohl dürfen wir dieselben nach preußischem Rechte als legitimirt ansehen, Besitz für die Gemeinheit zu erwerben.[10]

Die Handlungen, welche Repräsentanten und Beamte der juristischen Person bei Verwaltung des Vermögens derselben innerhalb der Sphäre ihres Amtskreises vornehmen, sind so aufzufassen, als habe sie die juristische Person selbst vorgenommen, welche durch sie repräsentirt wird.[11] Es folgt dies

---

4) K. O. vom 31. December 1825.

5) cfr. L. R. II, 19. §. 36.

6) Ueber Zustellungen vgl. A. G. O. I, 7 §. 29 und R. C. P. O. §. 157; sie können auch an einen der Vorsteher gültigerweise geschehen. Die Insinuation an den Rendanten genügt nicht. Entsch. des O. Trib. Bd. 35 S. 225.

7) L. R. II, 6. §. 149. Kommt die Korporation der Auflage nicht nach, so treffen sie die Kontumacialfolgen. Nach römischem Rechte wurde, wenn Niemand die Korporation vertrat, Konkurs über deren Vermögen eingeleitet, so daß die Gläubiger in dasselbe eingewiesen wurden; l. 1. §. 2. D. quod cujusque universitatis 3, 4.

8) Ueber das Verhältniß der Repräsentanten vgl. L. R. II, 6. §. 114 ff. insbesondere §. 129 cfr. §. 133. Der jetzige Sprachgebrauch — aber auch schon L. R. II, 8. §§. 113. 114 — versteht bekanntlich unter Repräsentanten der Korporation meist etwas anderes, nämlich deren Vertretung gegenüber der Exekutive.

9) Insbesondre für Gewerkschaften, Berggesetz vom 24. Juni 1865 §. 127.

10) Es geht dies hervor aus L. R. I, 7. §. 26 ff., Bestimmungen, welche die Möglichkeit des Erwerbs des Besitzes durch die Mitglieder der Korporation auch ohne besondere Vollmacht unterstellen, Piners in Ulrichs Archiv Bd. 8 S. 452 ff., Entsch. des Obertrib. Bd. 8 S. 3. vgl. auch Entsch. Bd. 16 S. 18. Anders Koch, Kommentar zu L. R. I, 7 §. 34. Förster Bd. 4 §. 284 Anm. 28. Das römische Recht und die gemeinrechtliche Doktrin kennen allerdings einen ähnlichen Satz keineswegs, obgleich dies das Obertribunal behauptet.

11) Vergl. auch L. R. II, 6. §. 156.

Digitized by Google

daraus, daß sie die nothwendigen Organe der Willensthätigkeit der juristischen Person sind.[12] Das Landrecht erkennt dies wenigstens in einer speciellen Beziehung an, indem es den guten oder bösen Glauben der juristischen Person beim Besitz bemißt nach der Meinung der Repräsentanten, welche den Besitz für sie erwerben. Das hierin liegende Princip führt dazu, die juristische Person für haftbar zu erklären für die Verschuldung ihrer Vertreter in Kontraktsverhältnissen, sowie auch außerhalb derselben, wenn die Vertreter der Korporationen bei der Verwaltung des Vermögens derselben durch Handlungen oder Unterlassungen, z. B. durch Uebertretung von Polizeivorschriften,[13] etwas verfehlen.[14]

§. 54. Vermögensrechte der juristischen Personen.

Die Vermögensrechte stehen den juristischen Personen der Regel nach in demselben Umfang, wie den natürlichen Personen, zu.[1] Sie erwerben

---

12) Es kommen also keineswegs die Grundsätze des Mandats zur Anwendung, wonach der Mandant nur für Auswahl und Kontrole haftet. L. R. I, 6. §. 50 ff., l. 21. §. 3. l. 28. D. de neg. gest. 3, 5. Ja diese Grundsätze sind völlig unpassend, da auch die Auswahl nicht von der nur in der Idee bestehenden juristischen Person als solcher, sondern nur von den Organen derselben vorgenommen werden kann. Anders Förster §. 284 Anm. 29.

13) Hiernach müssen Gemeinden haften für Schaden, welcher Reisenden und Fuhrleuten aus der Vernachlässigung der öffentlichen Wege durch die Wegebaubeamten erwuchs. Vergl. auch L. R. II, 15. §. 11 u. 12, Gesetze, welche indessen die Frage nicht entscheiden. Für die Haftung der Gemeinden in solchem Falle ist Plenarbeschluß des Obertribunals vom 21. Juni 1847, Entscheid. Bd. 14 S. 92 Präj. 1881. Dasselbe Princip ist für Aktiengesellschaften angenommen bei Striethorst Bd. 97. S. 169.

14) Viel bestritten ist namentlich die Frage, inwieweit der Staat für rechtswidrige Handlungen zu haften habe, welche seine Beamten in dieser Eigenschaft vornehmen. Dieselbe hat natürlich nichts gemein mit der eigenen Haftbarkeit der schuldigen Beamten, welche anerkanntermaßen eintritt, aber freilich häufig nicht ausreicht, da die Beamten nicht immer im Stande sind, Ersatz zu leisten. Vergleiche über die Frage insbesondre die Abhandlung von Zachariae, Tübinger Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft 1863 Bd. 19 S. 582 ff. Es sind richtiger Ansicht nach zu unterscheiden, Handlungen, welche bei der Verwaltung des Staatsvermögens vorgenommen wurden. Hier tritt nach den im Texte ausgeführten Grundsätzen schlechthin Haftung des Staates ein. Anders, wenn die Beamten bei der Verwaltung von Hoheitsrechten, welche dem Staat zustehen, schuldhafte Handlungen begehen. Allerdings behauptet Zachariae a. a. O. auch für diesen Fall allgemein die Haftung des Staates aus dem Grunde, weil es eine Anforderung des Rechtes sei, daß die Unterthanen nicht durch die Institutionen des Staats ungebührlich verletzt würden. Nach dem positiven preußischen Recht ist eine solche Haftung des Staats für diesen Fall, von besondern Gesetzen abgesehen, jedoch nicht anzunehmen; vgl. etwa auch L. R. II, 17 §. 90—97. Uebereinstimmend ist das O. Trib. Entsch. Bd. 61 S. 1 ff. Für die Versehen der Grundbuchbeamten bei Wahrnehmung ihrer Amtspflichten haftet der Staat subsidiär nach G. B. O. vom 5. Mai 1872 §. 29. Vgl. noch Koch Forder. Bd. 2 S. 602 ff. Förster I. §. 90 Anm. 28. Rönne Erg. zu L. R. II, 10 §. 88 ff.

1) L. R. II, 6 §. 82, Die juristische Person hat alle diejenigen Privatrechte, welche sie zur Erreichung ihrer Zwecke bedarf. Daher hat sie ein Domicil dort, wo sie den Sitz ihrer Verwaltung hat, vgl. auch A. G. O. I. 2. §. 103 ff. R. C. P. O. §§. 19. 23.

Digitized by Google

Besitz,[2] sowie Eigenthum und andere dingliche Rechte[3] und können dieselben auf ihren Namen in das Grundbuch eintragen lassen; sie sind fähig, Subjekte von Forderungen oder Schulden zu sein,[4] ferner befugt, als Kaufleute Handelsgeschäfte zu betreiben und sich in das Firmenregister eintragen zu lassen, Theilhaber von offenen Handelsgesellschaften und Aktiengesellschaften zu werden, desgleichen Bergwerke zu muthen, vorausgesetzt, daß sie bei diesen Akten die ihnen durch ihre Verfassung gesteckten Grenzen nicht überschreiten.[5] Auch ohne besonderes Privilegium sind sie, wie dies das Landrecht mit der gemeinrechtlichen Praxis, entgegen dem römischen Rechte, annimmt, befähigt, zu Erben eingesetzt zu werden.[6] Sie klagen endlich in eignem Namen, können andererseits verklagt, verurtheilt, im Nothfall kann Exekution gegen ihr Vermögen vollstreckt werden.[7]

Dagegen sind die Gläubiger, welche ein Urtheil gegen eine Korporation erstritten haben, nicht etwa berechtigt, gegen die einzelnen Mitglieder derselben Exekution zu beantragen, da die Verpflichtungen der Korporation nur der Gesammtheit, nicht deren Gliedern obliegen.[8] Es ist Sache der Korporation, sich nöthigenfalls durch Umlagen von ihren Mitgliedern die Mittel zur Tilgung ihrer Schulden zu verschaffen, die beitragspflichtigen Korporationsmitglieder sind aber nicht etwa unmittelbar dem Gläubiger, sondern nur der Gemeinheit verpflichtet.[9] Auch soll ein gewisses in den Verhältnissen begründetes Maß der Umlagen zum Zwecke der Schuldentilgung nicht

---

2) L. R. I, 7 §. 26 ff.

3) Ueber den zu Gunsten einer juristischen Person bestellten Ususfrukt vergl. unten §. 280.

4) Das L. R. hebt II, 6. §. 110 ausdrücklich hervor, daß die juristische Person aus den Kontrakten ihres legitimirten Vertreters verbunden ist, wenn auch das Gegebene oder Geleistete nicht zu ihrem Besten verwendet wurde. Die entgegengesetzte Ansicht wurde gemeinrechtlich nicht selten auf Grund der l. 27. D. de rebus creditis 12, 1 vertheidigt.

5) Hiernach hat der Handelsminister einer Eisenbahnaktiengesellschaft die Fähigkeit zum Muthen eines Bergwerks abgesprochen. Achenbach Bergrecht Bd. I. S. 318.

6) L. R. I, 12. §. 39, Glück Bd. 39 S. 442, dagegen l. 8. C. de heredibus instituendis 6, 24.

7) A. G. O. I. 1. 33. An diejenigen Vermögenstheile, deren Nutzungen Einzelnen überlassen sind, können sich die Gläubiger nur in zweiter Linie halten, und zwar nur soweit die jura singulorum nicht stärkere Kraft haben. L. R. II, 6. §§. 69. 92.

8) l. 6. §. 1. D. de div. rerum 1, 8. l. 7. §. 1. D. quod cujusque univers. 3, 4.

9) L. R. II, 6. §. 96 geht nur durch ungenauen Ausdruck weiter, vergl. II. 6. §. 97. Wer aus der Korporation austritt, wird natürlich von der Pflicht zu Beiträgen zum Zwecke der Schuldentilgung frei II, 6. §. 103. Eine positive Ausnahme macht §. 107, wenn durch Korporationsbeschlüsse Schulden gemacht wurden, welche nicht im Interesse der Korporation, sondern nur der gegenwärtigen Mitglieder derselben waren.

Digitized by Google

überschritten werden, so daß unter Umständen die Abzahlung nur allmählig erfolgt. Dem Gläubiger bleibt nur das Recht der Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde, falls das entsprechende Maß der Umlagen Seitens der Korporation nicht eingehalten wird.[10]

Das Korporationsgut ist auch dann nicht im Eigenthum der Korporationsgenossen, wenn diese Ansprüche auf dessen Erträgnisse haben. Nur ist nach der historischen Entwicklung des deutschen Grundeigenthums bei Dorf- und Stadtgemeinden das eigentliche Gemeindegut, das sogenannte Kämmereivermögen von dem Gemeinvermögen der Bürger zu unterscheiden. Es gehört nämlich das in der Gemeindefeldmark liegende ungetheilte Land, welches von den Gemeindegenossen unter Obhut der Gemeindebehörden benutzt wird, vielfach immer noch dem altdeutschen Rechte gemäß den Gemeindegliedern als Einzelnen.[11] Da in diesem Falle der gemeinsam benutzte Besitz

---

10) Es ist außerdem positiv vorgeschrieben Anhang §. 153 zu A. G. O. I. 24. §. 45, daß die Gerichte mit der Exekution gegen moralische Personen nur nach Vereinbarung mit der Bezirksregierung, und falls diese nicht erreicht wird, nach Anweisung des Justizministers vorzugehen haben. Dies gilt auch für den Fall, in dem die Korporation Gemeindevermögen hat, welches als Exekutionsobjekt dienen kann. Das Einführungsgesetz zum Reichscivilproceß §. 15 sub 4 erhält die bezüglichen landesgesetzlichen Vorschriften.

11) Die von den Gemeindegliedern benutzten Gemeindeländereien sind zum großen Theile Reste der alten gemeinen Marken. Diese standen bekanntlich im Miteigenthum der Markgenossen und wurden zeitweise neu vertheilt, wie denn die Germanen ursprünglich kein Individualeigenthum kannten. Ob nun aber heutzutage gemeinsam benutzte Theile der Feldflur der juristischen Person der Gemeinde zugehören oder im Miteigenthum der Gemeindeglieder stehen, ferner ob im ersten Falle das Nutzungsrecht der Genossen einen rein privatrechtlichen Charakter hat oder nur ein Attribut des Bürgerrechts ist oder etwa gar nur prekaristisch und entziehbar, kann stets nur im Wege einer historischen Untersuchung im einzelnen Falle beantwortet werden. Vergl. G. L. v. Maurer Einl. zur Geschichte der Mark, Hof-, Dorf- und Stadtverfassung §. 84 ff. Renaud die Gemeindenutzungen, Zeitschrift für deutsches Recht IX. §. 3. Gerber §. 51. Beseler §. 84. Brinz Pand. II. S. 1031. Das Landrecht hatte sich, ohne zu unterscheiden, im Sinne des bloßen Miteigenthums ausgesprochen. Denn offenbar diese Verhältnisse hatte es im Auge, als es II, 6. §. 72 bestimmte, „derjenige Theil des Gesellschaftsvermögens, wovon die Nutzungen für die einzelnen Mitglieder bestimmt sind, muß nach den Rechten des gemeinsamen Eigenthums behandelt werden“ Vergl. L. R. II, 8. §§. 159—161. Hieran schloß sich §. 17 der Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821, vermöge dessen „bei Grundstücken, deren Eigenthum einer Stadt- oder Dorfgemeinde zusteht, deren Nutzungen aber den einzelnen angesessenen Gemeindemitgliedern gebühren, jedes nutzungsberechtigte Mitglied die Auseinandersetzung verlangen kann.“ Hingegen die Deklaration vom 26. Juli 1847 unterscheidet außer dem eigentlichen Gemeinde- oder Kämmereivermögen zwei Klassen von Vermögen. 1) Solches, dessen Nutzungen den Gemeindegliedern oder Einwohnern vermöge dieser ihrer Eigenschaft zukommen. Dasselbe soll fortan nur hinsichtlich der Verwaltung in Gemäßheit von L. R. II, 6. §. 72, II, 8. §. 160 unter den Regeln des Miteigenthums stehen; hingegen sollen die Einzelnen keine Auseinandersetzung fordern können, auch soll eine sonst eintretende Abfindung für solche Nutzungsrechte der Gemeinde als solcher zufallen und nur die Benutzung derselben den Gemeindegliedern zukommen. 2) Dagegen das Vermögen, dessen Nutzungen aus einem andern Rechtstitel als der der Gemeindeangehörigkeit den Gemeindegliedern gebührt, unterliegt deren Disposition völlig, so daß in Gemäßheit von §. 17 der Gemeinheitstheilungs-

Digitized by Google

nicht Eigenthum der Gemeinde als solcher, sondern im Miteigenthume der Gemeindegenossen ist, so ist eine Auftheilung unter den Miteigenthümern zulässig und wurde in neuerer Zeit auch zum großen Theile vollzogen.

§. 55. Die Staatskontrole.

Dem Geiste der Zeit seiner Abfassung gemäß sicherte das Landrecht der Staatsverwaltung den weitgehendsten Einfluß auf die Angelegenheiten der juristischen Personen. Die Befugnisse der Staatsorgane sind theils bevormundender, theils polizeilich beschränkender Art, je nachdem entweder die Förderung und Pflege der Korporationen und Anstalten oder die Vorkehrung gegen Uebergriffe derselben bestimmendes Motiv ist; jedoch haben manche Maßnahmen begreiflich beiderlei Zwecke. Die Ausübung dieser staatlichen Aufsicht und Kontrole geschieht durch die verschiedenen Behörden, welchen ressortmäßig die einzelnen juristischen Personen untergeordnet sind; unter Umständen ist die Entschließung dem Landesherrn selbst vorbehalten.[1]

Kraft seines Oberaufsichtsrechts hat der Staat hauptsächlich das Recht zur Zustimmung bei Verfassungsveränderungen, bei Ausschreibung neuer Umlagen, bei Auflösungsbeschlüssen, die Mitwirkung bei Aufnahme und Ausstoßung von Mitgliedern, das Recht zur Bestätigung, unter Umständen selbst zur Ernennung und Absetzung der Korporationsbeamten.[2] In Bezug auf die Vermögensverwaltung macht sich eine bevormundende Einwirkung geltend[3] in der Nothwendigkeit der Zustimmung der vorgesetzten Behörden zur Verpfändung und zur Veräußerung von Immobilien[4 5] ferner zu Anleihen,

---

ordnung die Auseinandersetzung Seitens der einzelnen Nutzungsberechtigten gefordert werden kann. — Wegen der den Gemeindegliedern oder einzelnen Klassen derselben zukommenden Rechte können nicht nur die Berechtigten, sondern es kann auch die Gemeinde klagen. Vergl. L. R. II, 6. §. 88.

1) Nach L. R. II, 13. §. 13 sind alle Gesellschaften und öffentliche Anstalten der Aufsicht des Landesherrn unterworfen. Diese Aufsicht wird durch sehr verschiedne Behörden geübt. Nach der Geschäftsinstruktion vom 23. Oktober 1817 §. 18 sub g steht die Aufsicht über Stiftungsvermögen in Ermangelung anderer verfassungsmäßiger Bestimmung den Bezirksregierungen zu. Bezüglich der Gerichtsbehörden, welche inskünftige die Aufsicht haben, vergl. §. 29 des Preußischen Ausführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878.

2) Vgl. L. R. II. 6. §§. 34. 35. 48. 63. 66. 160. 165. 172. 180. 186.

3) Der Regel nach handeln die Aufsichtsbehörden nicht selbst statt der juristischen Personen in deren Vermögensangelegenheiten. Ausnahme in L. R. II. 6. §. 111.

4) L. R. II. 6. §. 83. Städteordnung von 1853 §. 50 unter 1. Auch bedürfen die Städte Regierungsgenehmigung zur Veräußerung oder wesentlichen Veränderung von Sachen, welche einen besonderen wissenschaftlichen, historischen oder Kunstwerth haben.

5) Nach L. R. II. 6. §. 84 sollen die betreffenden ohne Einwilligung vollzogenen Handlungen nichtig sein. Diese Nichtigkeit ist jedoch nur als eine relative anzusehen, so daß die Bestimmungen von L. R. I. 5. §§. 10—14 analog eintraten, von denen weiter unten zu handeln ist.

Digitized by Google

welche einen dauernden Schuldenstand begründen,[6] zuweilen selbst zur Anstellung von Processen.[7] [8]

Die polizeilich beschränkende Einwirkung des Staates tritt insbesondere in den s. g. Amortisationsgesetzen hervor, welche die Anhäufung von Vermögen in der todten Hand hindern sollen.[9] Diese Gesetze erfordern zum Erwerbe von Grundeigenthum für die Mehrzahl inländischer juristischer Personen die Genehmigung der ihnen vorgesetzten staatlichen Behörden, für ausländische juristische Personen die Genehmigung des Königs oder einer durch königliche Verordnung hierzu delegirten Behörde.[10] Ferner bedarf es der landesherrlichen Genehmigung für Schenkungen und für letztwillige Zuwendungen[11] zu Gunsten juristischer Personen, und zwar mit folgender Maßgabe.[12] Schlechthin ist die Genehmigung nur bei größeren Vergabungen,

---

6) L. R. II. 6. §. 85 mit weiterer Specialisirung. Städteordnung von 1853 §. 50 unter 3.

7) So Landgemeinden nach A. G. O. I. 1. §. 34. Anhang §. 4, so daß aber jetzt die Genehmigung des Kreisausschusses erfordert wird. Kreisordnung vom 13. December 1872 §. 66. Kirchengemeinden, evangelische und katholische, bedürfen zur Anstellung von Processen keiner staatlichen Genehmigung. Gesetz vom 20. Juni 1875 §. 51. Gesetz vom 3. Juni 1876 §. 26 und vom 7. Juni 1876 §. 3.

8) Das L. R. II. 11. §. 161 bestimmte: „Das Kirchenvermögen steht unter der Oberaufsicht und Direktion des Staates;" dagegen lautete der Art. 15 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850: Die evangelische und römisch-katholische Kirche, sowie jede andere Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig. Von der hierdurch gewährleisteten Selbständigkeit nahm die katholische, nicht aber die evangelische Kirche Besitz. In Folge der Streitigkeiten des Staats mit der katholischen Kirche wurde der mittels Gesetzes vom 5. April 1873 zunächst abgeänderte Art. 15 später mit dem Art. 16 und 18 durch Gesetz vom 18. Juni 1875 aufgehoben. Die Rechte des Staats zur Aufsicht und über die Vermögensverwaltung, insbesondre zur Genehmigung wichtigerer Akte wurden durch Specialgesetze geregelt. Vgl. Gesetz vom 20. Juni 1875 über die Vermögensverwaltung in den katholischen Kirchengemeinden §. 10 ff.; ferner Gesetz vom 3. Juni 1876 Art. 24, betreffend die evangelische Kirchenverfassung und die Verordnung vom 9. September 1876, sowie das Gesetz über die Aufsichtsrechte des Staates bei der Vermögensverwaltung in den katholischen Diöcesen vom 7. Juni 1876 und Verordnung vom 29. September 1876.

9) Vgl. Verfassungsurkunde Art. 42 Abs. 2.

10) L. R. II. 6. §. 88, Gesetz vom 4. Mai 1846. Die Delegation durch königliche Verordnung gestattet das Gesetz vom 23. Februar 1870 §. 4.

11) Zuerst Edikt über Vermächtnisse und Zuwendungen an „geistliche Stifter, Kirchen und pia corpora" vom 21. Juni 1753 §. 5 ff. und Deklaration vom 12. März 1754 (N. C. C. I. S. 505. 647). Hieran schlossen sich die Bestimmungen des Landrechts in II. 11 §. 197, welche sich gleichfalls nur auf Kirchen und fromme Stiftungen, nicht aber auf Schulen L. R. II. 12. §. 58 und Armenanstalten II. 19. §. 44 erstreckten. Das Gesetz vom 13. Mai 1833 mit den Nachträgen der Ordre vom 22. Mai 1836 und der Verordnung vom 21. Juli 1843 bezog sich dagegen auf juristische Personen schlechthin. Hierin folgt ihm das für den ganzen Umfang der preußischen Monarchie erlassene Gesetz vom 23. Februar 1870.

12) Nicht genehmigte Schenkungen sind nichtig. Außerdem sind die Vorsteher inländischer juristischer Personen, welche die Gaben in Empfang nehmen, ohne inner-

Digitized by Google

d. h. solchen über 3000 Mark erforderlich. Ohne Unterschied des Betrages ist aber die Genehmigung dann nothwendig, wenn durch die Vergabung eine neue inländische juristische Person gestiftet oder wenn einer bereits vorhandenen inländischen Anstalt etwas zu einem andern als dem bereits genehmigten Zwecke gewidmet werden soll.[13] Diese Beschränkungen beziehen sich indessen nicht auf Familienstiftungen und Familienfideikommisse. Ferner besitzt der Staat das Recht, im Wege der Verwaltung Mißbräuchen in der Administration der öffentlichen Anstalten und Mängeln ihrer Verfassung entgegenzutreten. Es erstreckt sich dies Recht bis zu einer Umgestaltung der juristischen Person (jus reformandi).[14] Gesetzliche Ordnungen können selbstverständlich nur auf gesetzlichem Weg geändert werden.

§. 56. Endigung der juristischen Person.

Die juristische Persönlichkeit erlischt, wenn die Institution, welche mit der Rechtsfähigkeit bekleidet ist, wegen Wegfall ihrer Existenzbedingungen zu

---

halb der Zeit von 4 Wochen die Genehmigung nachzusuchen und diejenigen, welche die Vergabungen in das Ausland ohne Genehmigung verabfolgen, mit Geldstrafe bis zu 900 Mark bedroht. Gesetz vom 23. Februar 1870 §. 5.

13) Mehrere Schenkungen unter Lebenden, welche successive von demselben Geber an dieselbe juristische Person gemacht sind, sind natürlich gültig, wenn auch ihre Gesammtsumme 3000 Mark übersteigt, insofern nur die einzelne Schenkung unter diesem Betrage bleibt. Anders steht es mit mehreren von demselben Testator successive gemachten Vermächtnissen zu Gunsten derselben Institution, da die sämmtlichen Vermächtnisse erst durch den Tod des Testators konfirmirt werden und als eine einzige Zuwendung anzusehen sind. Zuwendungen, die in fortwährend wiederkehrenden Beträgen bestehen, werden durch Multiplikation mit zwanzig berechnet, also zu fünf Procent angeschlagen. Mehrere Zuwendungen an verschiedene Institutionen fallen nicht unter das Verbot. Ebensowenig mehrere Zuwendungen, welche mehrere Personen, und zwar Jeder für sich derselben Anstalt in einem Akte machen, z. B. Miterben, vorausgesetzt, daß die einzelne Zuwendung 3000 Mark nicht übersteigt. Nach dem allgemeinen Grundsatze utile per inutile non vitiatur müßte angenommen werden, daß eine Schenkung oder Vermächtniß größeren Betrages unbedingt bis zu 3000 Mark gültig und daß nur das Mehr von Ertheilung der Genehmigung abhängig sei. Jedoch scheint das Gesetz die größeren Schenkungen auch bis zum Betrage von 3000 Mark von der königlichen Genehmigung abhängig zu machen, indem es diese für die Schenkung „ihrem vollen Betrage nach" fordert. Gesetz vom 23. Februar 1870 §. 2. Die landesherrliche Genehmigung kann auf einen Theil der Zuwendung beschränkt werden — §. 3 Abs. 3 des Ges. vom 23. Februar 1870 — natürlich nur unter der Voraussetzung, daß die Zuwendung nicht nach ihrem Zwecke als untheilbar erscheint, in welchem Falle theilweise Genehmigung völliger Versagung gleichstünde. In Folge der Genehmigung wird die Zuwendung rückwärts hin gültig, so daß die vom Tage der Schenkung oder bei letztwilligen Zuwendungen vom Todestage an gezogenen Nutzungen an den Schenknehmer herauszugeben sind. Gesetz vom 23. Februar 1870 §. 3. Zuwendungen, die zur unmittelbaren Verausgabung, z. B. Vertheilung an Arme, bestimmt sind, fallen nicht unter das Gesetz. Dies hatte § 6 des Gesetzes vom 13. Mai 1833 ausdrücklich bestimmt, ist aber der Natur der Sache und den Motiven des Regierungsentwurfes gemäß auch nach dem Gesetze vom 23. Februar 1870 anzunehmen, trotzdem, daß dieses Gesetz diese Frage nicht speciell erwähnt.

14) L. R. II. 6. §. 191.

Digitized by Google

Grunde geht. Es ist dies der Fall bei Stiftungen, wenn deren Vermögen völlig verloren ist und auch die Quellen zu dessen Erneuerung völlig versiegt sind;[1] Korporationen erlöschen von selbst durch das Wegfallen aller ihrer Mitglieder. Auflösungsbeschlüsse hingegen sind, selbst wenn sie einstimmig gefaßt sind, mit Rücksicht auf die betheiligten öffentlichen Interessen nach der positiven Bestimmung des Landrechts nur gültig unter Staatsgenehmigung.[2]

Des Weiteren geht die juristische Persönlichkeit dann unter, wenn sie der Staat durch gesetzgeberische Akte aufhebt. Die Entziehung der Rechtsfähigkeit Seitens des Staates kann aber richtiger Ansicht nach auch nach Gründung des Verfassungsstaates nicht nur im Wege der Gesetzgebung, sondern auch durch die Verwaltung geschehen, welche hierdurch konstatirt, daß der ursprüngliche Zweck der Institution nicht mehr erreicht werden kann, oder daß er wegen Veränderung der Umstände nicht mehr mit dem Gemeinwohl verträglich ist.[3] Diejenigen juristischen Personen jedoch, welchen die Gesetzgebung unmittelbar den korporativen Charakter beilegt oder besonders garantirt hat, können nicht durch Verwaltungsanordnungen, sondern ausschließlich mittelst Gesetzes aufgehoben werden.

Wem das Vermögen einer juristischen Person nach deren Auflösung zufällt,[4] richtet sich zunächst nach deren Verfassung und nach gültigen Kor-

---

1) Ueber den Untergang in Folge des Verlustes des Stiftungsvermögens vgl. Brinz II. S. 1139, welcher den Fortbestand annimmt, so lange noch Schulden, wenn auch keine Aktiven, da sind.

2) An sich wäre anzunehmen, daß die Korporation in Folge einstimmigen Auflösungsbeschlusses auch ohne Regierungsgenehmigung erlösche, da ein solcher Beschluß einem allgemeinen Austritte gleichsteht, welcher den Mitgliedern verstattet ist; dagegen freilich Savigny Bd. 2 S. 279, Puchta §. 28. Nur insoweit der Staat ein Zwangsrecht gegenüber den einzelnen Korporationsgenossen auf Verbleiben in der Korporation hat, wie dies z. B. bei Deichgenossenschaften oder Armenverbänden der Fall ist, wäre also eine staatliche Genehmigung des Auflösungsbeschlusses den Principien nach zu erfordern. Das Landrecht jedoch verlangt II. 6. 180 die Genehmigung des Staates zur Aufhebung der Korporation schlechthin auch im Falle eines einstimmigen Auflösungsbeschlusses. Selbst die Staatsgenehmigung schadet aber Dritten nicht, wenn diese ein Recht haben, auf der Fortdauer der Korporation zu bestehen, L. R. II. 6. §. 181. Dagegen bestimmt die deutsche Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 §§. 92. 94 hinsichtlich der durch Majoritätsbeschluß zulässigen Aufhebung der Innungen, „der Beschluß bedarf der Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörden. Die Genehmigung wird ertheilt, wenn die Berichtigung der Schulden und die Erfüllung der — sonstigen gesetzlichen — Verpflichtungen sicher gestellt ist." Eingetragne Hülfskassen, in Ansehung derer eine Beitragspflicht der Arbeiter nicht besteht, können nach §. 28 des Reichsgesetzes vom 7. April 1876 durch Beschluß der Generalversammlung unter Zustimmung von mindestens vier Fünftheilen sämmtlicher vertretner Stimmen aufgelöst werden.

3) L. R. II. 6. §§. 189. 190. II. 6. §. 24. Vgl. freilich das citirte Reichsgesetz über Hülfskassen vom 7. April 1876 §. 29.

4) Trotz der Auflösung sind die Organe der Korporation, denen dies bisher oblag, noch gehalten dieselbe bezüglich der Schulden zu vertreten. Striethorst Bd. 78 S. 70.

Digitized by Google

porationsbeschlüssen. In Ermangelung solcher Bestimmungen fällt das Vermögen als herrenloses Gut, wie nach gemeinem so nach preußischem Rechte, an den Fiskus.[5] Jedoch bestimmen unsere Gesetze — es ist dies als Vorschrift des öffentlichen Rechtes Preußens zu erachten — zum Theil in specieller Weise über die Verwendung. In einigen Fällen soll eine Ueberweisung des Vermögens durch den Staat an andere mit der untergegangenen verwandte oder ihr nahestehende juristische Personen geschehen.[6] Des Weiteren sollen Stiftungsgelder, welche dem Staate nach dem Untergange einer juristischen Person anfallen, möglichst der Absicht des Stifters gemäß, verwendet werden.[7] Ferner sind nicht nur die Rechte der Genossen sowie Dritter am Korporationsgute zu respektiren, es soll auch im Falle der Aufhebung der Korporation durch den Staat den Korporationsgenossen, die bisher thatsächlich Genuß am Korporationsvermögen hatten, solcher auf Lebenszeit belassen werden.[8]

---

5) L. R. II. 6. §. 192 ff. Das Landrecht hebt nach seiner Art nur Detailbestimmungen heraus; begreiflich sind aber die allgemeinen Grundsätze über die Succession des Fiskus in erblose Verlassenschaften auch hier anzuwenden. Daher kann der Fiskus auch abstiniren oder unter Vorbehalt des Inventars antreten, so daß dessen Verpflichtung, die Schulden der erloschenen Korporation zu bezahlen, keineswegs so unbedingt ist, wie dies L. R. II. 6. §. 201 ausspricht. Im Falle der Abstinenz des Fiskus kann Konkurs eröffnet werden, vgl. §. 323 sub 3 und 4 der Konkursordnung von 1855. Besondre Bestimmungen traf das Gesetz vom 31. Mai 1875 betreffend die geistlichen Orden §. 4.

6) Vgl. L. R. II. 19. §. 41, cfr. l. 16. D. de usu et usufructu 33, 2. l. 4. D. de adm. rerum ad civ. pertinent. 50, 8. Brinz Pand. II. S. 1141 ff., aber auch Hübler der Eigenthümer des Kirchenguts S. 133. Insbesondere bestimmt das Gesetz vom 13. Mai 1833, daß das Vermögen einer erloschenen Parochie, welches als herrenlos dem Landesherrn anheimfalle, zum Vortheile derselben Religionspartei in der Provinz verwendet werden, das vacant gewordene Kirchengebäude jedoch im Falle des Bedürfnisses anderen in demselben Orte wohnenden christlichen Religionsparteien zugewiesen werden solle. Hierdurch wird nicht etwa Anfall des Vermögens der erloschenen Parochie an die Glaubensgenossen von Rechtswegen vorgeschrieben, sondern nur eine Pflicht des Staates zu angemessener Ueberweisung begründet. Ebenso ist die Bestimmung der deutschen Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 §. 94, vgl. Preußische Gewerbeordnung von 1845 §. 99, aufzufassen, wonach das Vermögen einer aufgehobenen Innung der Gemeinde, welcher sie angehörte, zu gewerblichen Zwecken, und zwar unter Erhaltung der bisher öffentlichen Zwecken bestimmten Innungsanstalten zugewiesen wird. Auch hier tritt richtiger Ansicht nach das Recht der Gemeinde nicht von selbst, sondern erst in Folge einer Ueberweisung durch den Staat ein, wofür die Analogie des Verhältnisses der Parochien und der allgemeine Grundsatz des preußischen Rechtes spricht, daß erbloses Gut dem Fiskus anfällt.

7) L. R. II. 6. §. 193. Geschieht dies nicht, so können die Stiftungsgelder von dem Stifter oder dessen Erben zurückgefordert werden. L. R. II. 6. §. 194.

8) L. R. II. 6. §§. 198. 199. Der Vermögensbetrag, welcher von den Eintrittsgeldern oder außerordentlichen Beiträgen noch vorhandener Mitglieder herrührt, ist ihnen zurückzugeben, II. 6. §§. 196. 197. Auch nach §. 94 der Gewerbeordnung können Innungsgenossen den Theil des Innungsvermögens bei der Auflösung unter sich vertheilen, welcher aus ihren Beiträgen entstand. Vgl. auch Gesetz vom 31. Mai 1875 §. 4. Abs. 3.

Digitized by Google

B. Besondere Arten von juristischen Personen, Zwischenbildungen.

§. 57. Der Staat als juristische Person.

Der Staat steht den Unterthanen in zweifacher Art gegenüber. Er macht einerseits gegen sie Rechte geltend in Folge seiner Landeshoheit; er verkehrt andererseits mit ihnen als Vermögenssubjekt in seiner Eigenschaft als Fiskus oder Staatskasse. In dieser letzteren Eigenschaft unterliegt der Staat den allgemeinen Grundsätzen des Privatrechts ebenso, wie alle anderen Personen. In einigen Fällen sind die beiden Seiten seiner Wirksamkeit offenbar verschieden und nicht zu verwechseln. So kann kein Zweifel darüber sein, daß Ansprüche des Staates aus Verträgen über Lieferungen oder über Bauten, sowie wegen Erwerbs oder Verkaufs oder Verpachtung von Domainen privatrechtlicher Natur sind. Nicht selten jedoch wird es fraglich, ob ein Anspruch ein privater oder öffentlicher ist. Beruht derselbe auf einem allgemein verbindlichen Gesetze, so wird er meist als öffentlicher zu betrachten sein, gründet er sich auf ein specielles Rechtsgeschäft, dann wird er der Regel nach zu den Ansprüchen der privatrechtlichen Klasse gehören.[1]

Der Fiskus verwaltet seine Angelegenheiten durch verschiedene Behörden und Kassen. Es frägt sich, ob er gleichwohl nur eine einzige juristische Person ausmache? Es ist dies zu bejahen, da das Staatsgut einem einheitlichen, über dasselbe bestimmenden Willen untersteht, ohne daß die einzelnen Behörden selbständige Rechte an den ihrem Ressort überwiesenen Vermögenskomplexen haben. Gleichwohl haben Dritte die Vertheilung der Geschäfte des Fiskus an verschiedene Behörden zu respektiren.[2] Insbesondere

---

1) Privatrechtlichen Charakters sind hiernach auf speciellen Titeln, insbesondere auf Vertrag oder Vermächtniß beruhende Abgaben Einzelner, selbst wenn dieselben öffentlichen Zwecken, z. B. öffentlichen Schulen oder dem Wegebau bestimmt sind. Ueber die Ansprüche der Beamten auf Gehalt vgl. unten Bd. 2 §. 196.

2) Einem Kloster hatte eine Servitut gegenüber dem Militärfiskus zugestanden, das Kloster wurde später sekularisirt und dem Domainenfiskus zugewiesen, dieser veräußerte dessen Verkauf. Kann der Käufer die Servitut, welche dem Kloster zugehörte, noch geltend machen oder war dieselbe in Folge der Sekularisation mittelst Konfusion untergegangen? Das Obertribunal hatte früher die Konfusion verneint, da es den einzelnen fiskalischen Stationen besondere juristische Persönlichkeit zuschrieb. Durch Plenarbeschluß vom 21. October 1850, Entsch. Bd. 20 S. 19 ff., Präjudiz 242 entschied sich dieses Gericht hingegen für die Einheit der Person des Fiskus. So faßten jedenfalls die Römer die Sache l. 2. C. de solutionibus 8, 43. Es steht dem auch nicht entgegen, daß der Fiskalschuldner auf die Schulden an die eine Kasse Forderungen an die andere nicht aufrechnen konnte, da dies ein im Interesse der Rechnungsführung propter confusionem diversorum officiorum begründetes fiskalisches Privileg war; l. 1. C. de compensationibus 4, 31, Dernburg Compensation S. 527. Nicht anders ist es in Preußen, wenn auch thatsächlich die Trennung der verschiedenen Ressorts und Kassen bei uns noch schärfer durchgeführt ist, als bei den Römern; lediglich daraus, daß den verschiedenen fiskalischen Stationen ein bestimmter Kreis von Angelegenheiten überwiesen ist, was Dritte zu respektiren haben, ergiebt sich auch bei uns die Ausschließung einer Kompensation mit Gegen-

Digitized by Google

können sie stets nur gegen diejenige fiskalische Behörde klagen,[3] welcher vom Fiskus die Vertretung des fraglichen Geschäfts überwiesen ist.[4]

Wenn auch der Fiskus nach römischem Rechte im Ganzen den allgemeinen Regeln des Privatrechtes unterlag, so hatte er doch in Rom mancherlei Privilegien, welche zum Theil darauf beruhten, daß man im älteren römischen Rechte die Sonderung der privaten und der publicistischen Persönlichkeit des Staates nicht gekannt hatte und hiernach die Rechte des Staates auch in seiner Eigenschaft als Vermögenssubjekt vielfach vom Standpunkte des öffentlichen Rechtes aus behandelte. Das moderne Recht hat den Gedanken, der sich bereits im ausgebildeten römischen Rechte geltend machte, daß der Staat als Vermögenssubjekt Privatperson sei, entschlossener durchgeführt als die Römer und in Folge dessen die dem Verkehre lästigen fiskalischen Privilegien der Mehrzahl nach beseitigt.[5] Privilegirt ist der Fiskus nach preußischem Rechte hauptsächlich noch durch eine längere Verjährungszeit, nämlich

---

forderungen, welche nach der Kasseneinrichtung nicht aus demselben Kassenfonds zahlbar sind; A. R. I. 16. §. 369. Vgl. die Mittheilungen in v. Kamptz' Jahrb. Bd. 52 S. 21. 72 ff., wonach die Redaktoren des Landrechts die Begründung der gedachten Ausschließung durch das Generaldirektorium der Finanzen, „weil jede Kasse eine für sich bestehende moralische Person ausmache," keineswegs theilten. Natürlich kann aber der Staat einzelnen Fiskalkassen durch besondere Bestimmung selbständige Persönlichkeit verleihen. Dies ist z. B. der Fall mit der Seehandlung, welche nach dem Gesetze vom 17. Januar 1820 „mit ihren bereits vorhandenen oder künftig zu errichtenden Komtoirs ein für sich bestehendes Geld- und Handlungsinstitut des Staates bildet."

3) Vgl. Gesetz vom 26. April 1851, betreffend die Aufhebung des eximirten Gerichtsstandes Art. II.

4) Auf Grund der Einheit der Persönlichkeit des Fiskus hat seiner Zeit das Kammergericht zu Berlin eine mit Genehmigung des Finanzministeriums angestellte Klage einer Bezirksregierung gegen das Generalpostamt zu Berlin wegen Erstattung einer von ihr der Post anvertrauten, aber in Defekt gekommenen Summe zurückgewiesen, womit sich das Justizministerium seinerzeit einverstanden erklärte. Nachdem die Verwaltung der Post auf das Reich übergegangen ist, stünde natürlich einer Klage einer preußischen Behörde gegen den Postfiskus kein formelles Hinderniß mehr im Wege.

5) Die Bestimmung der l. 17. §. 5. D. de usuris 22, 1: fiscus ex suis contractibus usuras non dat, sed ipse accipit fand zwar keine Aufnahme im Landrechte, wurde aber durch K. O. vom 28. October 1799 in der doppelten Richtung hergestellt, daß der Fiskus für seine Forderungen auch ohne Stipulation Zinsen fordern könne, seinerseits aber wegen seiner Schulden keine gesetzlichen, sondern nur vertragsmäßige Zinsen leisten müsse. Um die Wiederausmerzung dieser Privilegien drehte sich andauernder Streit. Das erste Privilegium nahm der Anhang §. 26 zum A. R. (I. 11. §. 827), welcher jene Kabinetsordre extrahirte, nicht auf und stellte es dadurch wieder in Frage, bis es das Gesetz vom 7. Juli 1833 ausdrücklich beseitigte. Die Befreiung des Fiskus von der Zahlung gesetzlicher Zinsen in Fällen, in welchen Private dieser Pflicht unterliegen, hob dieses Gesetz gleichfalls auf mit Ausnahme der Verzögerungszinsen, welche erst von der rechtskräftigen Verurtheilung des Fiskus an laufen sollen. Endlich beschränkte aber das Gesetz vom 7. März 1845 auch diesen Rest des Privilegiums auf die Zeit eines Krieges, so daß es sich nur für einen praktisch unerheblichen Fall erhielt.

Digitized by Google

um 44 Jahren,[6] ferner durch ein privilegium exigendi wegen gewisser Forderungen im Konkurse seiner Schuldner.[7] Eine besonders wichtige Differenz des römischen und heutigen Fiskalrechts beruht aber in der Rechtsprechung über Fiskalsachen. Nach römischem Rechte nahm und gab nämlich der Fiskus nur Recht vor seinen eigenen Beamten — heutzutage untersteht der Fiskus den gewöhnlichen Gerichten und unterliegt sogar der Exekution.[8] Jedoch hat der Fiskus bei gewissen Forderungen das Recht, provisorische Vollziehung anzuordnen.[9]

Die Errichtung des deutschen Reichs hatte die Bildung eines besonderen Vermögens für dessen Zwecke zur Folge. Als Inhaber desselben sind nicht etwa die einzelnen verbündeten Staaten — nach Analogie der societas — zu betrachten, vielmehr ist dasselbe der einheitlichen Staatspersönlichkeit des Bundes zugehörig.[10] [11] Fraglich erscheint, ob der Reichsfiskus auch die

---

6) S. R. I. 9. §. 632.

7) Vgl. unten Bd. 2 §. 123. Preußische Konkursordnung §. 79. Reichskonkursordnung §. 54. Fiskalische Geldstrafen geben wie andre Straffordrungen nicht das Recht eines Konkursgläubigers, vgl. unten Bd. 2 §. 121. Der Fiskus hat auch einen Pfandrechtstitel auf die Immobilien seiner Verwalter, ein Residuum des römischen Generalpfandrechts. Kabinetsordre vom 2. Juli 1833 an Stelle von S. R. II. 14. §. 52—59.

8) S. R. II. 14. §. 81 ff. A. G. O. I. 35. § 33.

9) So im Falle Domanialabgaben im Rückstande sind. Auch bei Kontraktsforderungen kann der Fiskus, falls von der Erfüllung die Erreichung bestätigter Etats abhängt, nach summarischer Vernehmung ein Liquidum feststellen und provisorisch beitreiben, er kann seine Pächter exmittiren lassen u. s. f. Verordnung vom 26. December 1808 §. 42. §. 48; K. O. vom 31. December 1825 sub XII. Nach dem Einführungsgesetz des Reichs zur Civilproceßordnung §. 16 unter 4 bleibt die Befugniß zu solchen einseitigen Verfügungen unberührt, die Vollstreckung hat durch die Vollstreckungsbeamten zu geschehen.

10) Insbesondre erkennt das Reichsgesetz vom 25. Mai 1873 über die Rechtsverhältnisse der zum dienstlichen Gebrauch einer Reichsverwaltung bestimmten Gegenstände Eigenthum des Reiches als solchen an. Ueber die Frage, ob das Reich ein Staat ist oder eine Vereinigung von Staaten zur Erfüllung gemeinsamer staatlicher Aufgaben vgl. Laband, Staatsrecht des deutschen Reichs Bd. 1 §. 7, welcher freilich bezüglich der Einzelstaaten in das Extrem verfällt, deren Souveränetät zu leugnen. Es entsteht die Frage, welchem Rechte das Reich unterworfen ist? Da der Sitz des Reiches, wenn auch nicht verfassungsmäßig, doch thatsächlich Berlin ist, so hat es dort sein Quasidomicil. Es untersteht daher das Reich der Regel nach den Rechtsgrundsätzen des in Berlin geltenden preußischen Landrechtes respective insoweit dasselbe in Betracht kommen könnte, des märkischen Provinzialrechts.

11) Die Rechte des Reichs an den dem dienstlichen Gebrauch einer verfassungsmäßig aus Reichsmitteln zu erhaltenden Verwaltung gewidmeten Gegenständen, welche früher den einzelnen Bundesstaaten zustanden, hat das Reichsgesetz vom 25. Mai 1873 näher bestimmt. Auf das Reich ist hiernach Eigenthum und sind die dinglichen Rechte der Einzelstaaten an den seinem ausschließlichen unmittelbaren Dienst gewidmeten Gegenständen übergegangen. Für Erträgnisse, welche die Einzelstaaten bisher neben dem Dienstgebrauch zogen, ist ihnen eine feste Rente zu gewähren. Das Reich ist zur Veräußerung von so erworbenen Grundstücken nur befugt, um andre Grundstücke zu den Zwecken der Reichsverwaltung im Gebiete desselben Bundesstaats zu erwerben. Ist für ein entbehrlich oder unbrauchbar gewordnes Grundstück ein Ersatz nicht noth-

Digitized by Google

besonderen Privilegien des preußischen Fiskus, z. B. hinsichtlich der Verjährung, des Vorrechts im Konkurse wie auch der Sportelfreiheit, in Anspruch nehmen kann, da es sich bei denselben um jura singularia handelt, welche dem preußischen Fiskus als solchem zugetheilt sind und deren analoge Ausdehnung unstatthaft ist. In der That aber ist das Reich für bestimmte Zweige der Staatsverwaltung an die Stelle des preußischen Staates getreten, der Reichsfiskus daher einheimischer Fiskus, welcher sich der Rechte des letzteren zu erfreuen hat.[12]

§. 58. Juristische Personen zum Zwecke des Geschäftsbetriebes.

Nach deutscher Auffassung, welcher auch das preußische Recht folgt, enthält das Rechtsverhältniß des Miteigenthums stets ein korporatives Element, da bei demselben ein Gesammtwille geschaffen wird, welcher von den Willensentschlüssen einzelner Theilnehmer unabhängig ist. Dieses Element genügt indessen noch nicht zur Annahme einer juristischen Persönlichkeit.

Bei einigen Genossenschaften, welche Zwecke des Handels und Gewerbebetriebes verfolgen, ist jedoch dieses korporative Wesen durch die neuere Gesetzgebung der Art gefördert worden, daß wir sie wie juristische Personen behandeln. Im Landrechte selbst tritt dies noch nicht bestimmt hervor. Wich auch die offene Handelsgesellschaft von den Grundsätzen der römischen Societät ab, so bildete sie doch nach dem Landrechte keine juristische Person. Die Gewerkschaften ferner, welche zum Zwecke des Bergbaubetriebes bestanden, waren ebensowenig mit Korporationsrechten ausgestattet. Die Verhältnisse der Aktiengesellschaften endlich werden im Landrechte nicht behandelt; solche

---

wendig, so ist dasselbe unentgeltlich in seinem derzeitigen Zustand ohne Ersatzleistung für Verbesserungen oder Verschlimmerungen an den Bundesstaat zurückzugeben, von dem es auf das Reich überging. Citirtes Gesetz §. 6, vgl. auch §. 7.

12) Dies wird ganz klar durch folgende Betrachtung. Es war nicht zweifelhaft, daß bei Abtretung gewisser Theile des preußischen Staates, z. B. an Baiern, an Hannover, diese Staaten als heimische Fisci die Privilegien, welche im Landrechte zunächst zu Gunsten des preußischen Fiskus gegeben waren, auf Grund desselben in Anspruch nehmen konnten. Was aber so bei Abtretung der gesammten Souveränetät gilt, muß auch bei einer nur theilweisen Entäußerung derselben an ein neues Staatswesen eintreten. Es versteht sich übrigens von selbst, daß auch nichtpreußische Stationen des Reichsfiskus die gleichen fiskalischen Vorrechte wie die in Preußen selbst belegenen haben, da der Reichsfiskus eine einheitliche Persönlichkeit ist. Die Nichtberechtigung des Reichsfiskus jene Privilegien in Anspruch zu nehmen, behauptet Förster Bd. 4 §. 284 S. 395. Dagegen hat sich für die hier vertheidigte Ansicht erklärt das O. Trib. Entsch. Bd. 70 S. 217, gestützt auf den Bundescharakter des deutschen Reichs. Mit der fortschreitenden Unifikation des deutschen Rechts verliert die Streitfrage ihre Bedeutung. So für die Konkursprivilegien und die Proceßfristen mit dem Inkrafttreten der deutschen Proceßgesetze. Bezüglich der Befreiung der Grundstücke des Reichs von Steuern hat das Reichsgesetz vom 25. Mai 1873 §. 1 Bestimmung getroffen.

Digitized by Google

Gesellschaften galten vielmehr im vorigen Jahrhundert als Rechtsfiguren, die nur ausnahmsweise aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt besonders konzessionirt wurden und außerhalb des gewöhnlichen Rechtes standen. In der neueren Zeit hingegen haben alle diese Gesellschaften im Interesse erleichterter Geschäftsführung Rechte juristischer Personen in höherem oder geringerm Maße erhalten. Zunächst wurden solche Rechte den Aktiengesellschaften, welche sich immer mehr zu einem Institute des gemeinen Rechtes ausbildeten, dann den Aktienkommanditgesellschaften zugetheilt.[1] Desgleichen wurden dieselben durch das Berggesetz den bergmännischen Gewerkschaften in Aussicht gestellt.[2] Das deutsche Handelsgesetzbuch ertheilte den Handelsgesellschaften,[3] das sogenannte Genossenschaftsgesetz den Gesellschaften mit nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Kredits, des Erwerbes oder der Wirthschaft ihrer Mitglieder mittelst gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezwecken,[4] wesentliche Rechte juristischer Persönlichkeit.

Diese Gesellschaften haben die Rechte juristischer Persönlichkeit vorzüglich zu dem Zwecke, damit sie auf ihren Namen erwerben, sowie als Gesammtheit klagen und beklagt werden können. Bei einigen dieser Gesellschaften, insbesondere den Aktiengesellschaften und Gewerkschaften, ist noch weiter von der juristischen Person das entlehnt, daß die Mitglieder nicht wegen der Schulden der Gesammtheit persönlich belangt werden können. Immerhin besteht für sie der innere Unterschied von den eigentlichen Korporationen, daß sie nicht nothwendig dauernde gemeinnützige Zwecke erstreben, daß es sich vielmehr häufig um vorübergehende, jedenfalls um private Bestrebungen der Betheiligten handelt. Die Personifikation der Gesammtheit ist daher eine begrenzte; die individuellen Rechte der Gesellschafter an dem Gemeinvermögen bilden immer den materiellen Schwerpunkt des Verhältnisses. Die Theorie, welche das Landrecht für seine juristischen Personen ausbildete, ist demgemäß auf diese modernen juristischen Personen nicht unbedingt anzuwenden. Um deswillen war es auch nicht unzweckmäßig, daß die moderne Wissenschaft diese Verbindungen durch besonderen Namen als Genossenschaften auszeichnete.[5]

---

1) Vgl. unten Bd. 2 §. 225 ff.

2) Vgl. unten §. 268 ff. Berggesetz vom 24. Juni 1865 §§. 96. 99.

3) Insbesondere bestimmt Art. 23 des Einführungsgesetzes vom 24. Juni 1861, daß Grundstücke, Hypotheken u. s. f., welche einer Handelsgesellschaft gehören, auf deren Namen ins Hypothekenbuch einzutragen sind.

4) Reichsgesetz vom 4. Juli 1868, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften §. 11. Es gehören hierher Vorschuß- und Kredit-, Rohstoff- und Magazinvereine, Konsumvereine, Produktivgenossenschaften u. s. f.

5) Beseler Volksrecht und Juristenrecht S. 158 ff., d. P. R. §. 71. Vgl. Gerber Zeitschrift für Civilrecht und Proceß neue Folge Bd. XII. S. 193 ff.

Digitized by Google

§. 59. Korporative Gesellschaften.

Verbindungen, welche den Zweck haben, sich dauernd, aber nicht zu Erwerbszwecken zu konstituiren und korporativ zu gestalten, ohne doch staatlich als juristische Person anerkannt zu sein,[1] bezeichnet das Landrecht als Gesellschaften;[2] wir wollen sie korporative Gesellschaften nennen.[3] Das Landrecht nimmt an, daß solche Gesellschaften, falls sie überhaupt erlaubt sind, zwar nach Innen hin bis zur Auflösung die Rechte und Verpflichtungen einer Korporation haben, offenbar weil die Mitglieder selbst den korporativen Zweck wollen und sich ihm unterwerfen, daß sie dagegen nach Außen hin die Rechte selbständiger Persönlichkeit nicht haben, weil solche Dritten gegenüber nur durch die staatliche Anerkennung entstehen.

Da solche Gesellschaften die inneren Rechte[4] der Korporationen haben, so kann das einzelne Mitglied nicht Theilung des Gesellschaftsvermögens verlangen, noch auch bei seinem Austritte einen Theil desselben ansprechen. Andererseits können diese Gesellschaften wegen Mangels der äußeren Korporationsrechte Eigenthum nicht auf ihren Namen erwerben[5] und auf diesen im Grundbuch eintragen lassen, sie können weder Forderungen erlangen noch Verpflichtungen eingehen, sie haben keine Befähigung zu erben und sind nicht im Stande, Processe unter ihrem Gesammtnamen zu führen.[6] Nach außen hin verkehren sie daher häufig so, daß ein Einzelner formell auf eignen Namen aber zu den Zwecken der Gesellschaft Eigenthum erwirbt und Verbindlichkeiten eingeht, während sich die Gesellschafter ihm zur Schadloshaltung verbinden. Es können sich aber auch die Gesellschafter sämmtlich individuell an Rechtsakten zu Gunsten oder zu Lasten der Gesellschaft betheiligen, sei es daß sie persönlich insgesammt handeln, sei es, daß sie durch die Einzelnen gehörig vertretende Bevollmächtigte kontrahiren.[7] Aus solchen Geschäften

---

1) Es gehören hierher unter Anderm gesellige und wissenschaftliche Vereine, ferner geduldete Religionsgesellschaften, wie die deutschkatholischen Gemeinden.

2) L. R. II, 6. §. 1 ff. Durch die Tendenz, eine Korporation zu bilden, unterscheiden sich diese Gesellschaften von den Societäten, welche L. R. I, 17. Abschnitt 3 behandelt. Vgl. Bd. 2 §. 215.

3) Sie entstehen auch ohne schriftlichen Vertrag. Sie müssen erlaubte Zwecke verfolgen. Unerlaubte Gesellschaften haben weder nach Innen noch nach Außen korporative Rechte, übernehmen jedoch nach allgemeinen Grundsätzen Pflichten. L. R. II, 6. §. 6 und 7.

4) Solche Gesellschaften haben daher Vorsteher; Repräsentanten aber können nur die Gesellschafter, nicht die Gesellschaft bestellen.

5) L. R. II, 6. §. 13.

6) Eine Verbürgung für die Gesellschaft würde wohl nach L. R. I, 14. §. 254 gültig sein. Anders O. T. bei Gruchot Bd. 15 S. 914.

7) Auch eine Ersitzung durch die Gesammtheit der Mitglieder, beziehungsweise deren Vertreter, ist möglich. Striethorst Bd. 68 S. 341.

Digitized by Google

haben sie gemeinschaftlich zu klagen und sind gemeinschaftlich zu verklagen.[8] Das Obertribunal hat hieraus eine Haftung der Mitglieder Dritten gegenüber pro rata entnommen.[9]

Drittes Kapitel.

Von den Rechtsobjekten.

§. 60. Von den Sachen. Der Inbegriff.

Unter Rechtsobjekt oder Sache verstehen wir Alles, was der rechtlichen Einwirkung der Rechtssubjekte passiv unterliegt. Daher sind uns Sachen nicht nur, wovon das römische Recht ausging, die realen Existenzen der äußeren Natur, also die körperlichen Sachen, sondern auch solche Dinge, welche ihre Existenz bloß der Schöpfungskraft des menschlichen Gedankens verdanken, welche aber Objekte juristischer Willensakte werden.[1]

In diesem Sinne gehört im preußischen Rechte zu den Sachen der sogenannte Inbegriff, d. h. die Gesammtheit verschiedener[2] Objekte, welche als eine Einheit unter einem Begriffe zusammengefaßt und mit einem Namen bezeichnet werden;[3] z. B. eine Heerde, eine Bibliothek, aber auch ein Handelsgeschäft, das Sondergut einer Ehefrau, ein Gesammtvermögen. Schon das römische Recht behandelte allerdings gewisse Vermögenskomplexe, insbesondere eine dos, ein peculium mit Aktiven und Passiven nach manchen Richtungen hin als Einheit, aber so weit ist dieses Recht nicht gegangen, daß es eine Uebertragung dieser Vermögenskomplexe als solcher zuge-

---

8) Vergl. L. R. II, 6. §. 12: „Bei Handlungen, woraus Rechte und Verbindlichkeiten gegen Andere entstehen, werden sie nur als Theilnehmer eines gemeinsamen Rechtes oder einer gemeinsamen Verbindlichkeit betrachtet," was allerdings nicht identisch mit solidarischer Verpflichtung ist. Vergl. L. R. I. 17. §. 237 ff. Natürlich haften nur die Vollmachtgeber. Nicht zutreffend ist daher die Entsch. des O. Trib. Bd. 15 S. 323, wonach Veränderungen der Mitglieder nicht beachtet werden sollten.

9) Entsch. des O. Trib. Bd. 20 S. 328. Präj. 2268. Dabei soll es auf die Höhe der Beitragspflicht nach Innen nicht ankommen. Striethorst Bd. 13 S. 300. Vergl. übrigens auch Förster Bd. 4. §. 282.

1) L. R. I, 2. §§. 1 u. 2. In einem engeren Sinne soll nach L. R. I, 2. § 3 Sache sein, was Gegenstand eines dauernden Rechtes sein kann. Nicht selten wird übrigens vom Landrechte Sache und Recht nebeneinandergestellt, z. B. Einl. §. 108. I, 7. §§. 3 u. 4. I, 12. §. 301. I, 19. §. 1, wo dann Sache für körperliche Sache steht.

2) Nach einem romanistischen Sprachgebrauch universitas facti oder juris.

3) L. R. I, 2. §. 32 ff. Eine Zahl von Individuen, die zum Gegenstand eines Geschäfts gemacht wird, z. B. zehn Pferde, bildet um deswillen nicht einen Inbegriff. R. O. H. G. Bd. 9 S. 112.

Digitized by Google

lassen hätte.[4] Insbesondere war aber die Veräußerung des Gesammtvermögens einer Person durch Geschäfte unter Lebenden nach römischem Rechte unstatthaft; nur eine Uebertragung sämmtlicher Aktivbestandtheile des Vermögens als einzelner Objekte galt vielmehr dort für möglich.[5] Das preußische Recht erkennt im Gegensatze hierzu die Zulässigkeit der Veräußerung eines Vermögenskomplexes oder auch eines Gesammtvermögens mit Forderungen und Schulden, also eine Universalsuccession unter Lebenden an. Allerdings bleibt der Uebertragende bei einer solchen Veräußerung seinen Gläubigern gegenüber gebunden, da er diesen ohne deren Zustimmung ihre Rechte nicht entziehen kann, aber auch der Erwerber des Vermögenskomplexes tritt in die Verpflichtungen ein, welche auf demselben lasten, mindestens insoweit, als die Aktiva im Augenblicke der Uebertragung des Vermögens zur Befriedigung der Passiva zureichen.[6] Diese dem preußischen Rechte eigenthümliche, den Bedürfnissen des modernen Lebens entsprechende Konstruktion findet sich im Landrechte speciell hervorgehoben beim Verkaufe einer Erbschaft Seitens der Erben,[7] sowie bei der Abtretung eines Gesammtvermögens gegen eine Leibrente.[8] Auf demselben Gedanken beruht die Zulässigkeit der Veräußerung eines Handelsgeschäfts mit der dazu gehörigen Firma nach Handelsrecht, in Folge deren der Erwerber diejenigen Schulden zu entrichten hat, welche zu dem Geschäfte gehören, während freilich der Veräußerer an sich nicht frei von den Geschäftsschulden wird, die er eingegangen hat.[9]

---

4) Die Römer haben die Sachgesammtheit, die Einheit, z. B. die Heerde, nicht etwa zum Objekte dinglicher Rechte gemacht, vielmehr kannten sie richtiger Ansicht nach ein Eigenthumsrecht, ein Pfandrecht stets nur an den einzelnen, darin begriffenen Individuen, z. B. den Schafen. Vergl. u. A. Wächter Erörterungen I. S. 17. Dernburg Pfandrecht I. S. 453.

5) l. 72. pr. D. de jure dot. 23, 3. l. 22. C. de donat. 8, 54. Damit übereinstimmend l. 28. D. de donat. 39, 5.

6) Diesen wichtigsten Grundsatz spricht aus L. R. I, 2. §. 36 in folgender Weise: „an den Befugnissen und Lasten eines Inbegriffes nehmen alle einzelne darunter begriffene und demselben in der Folge zuwachsenden Stücke Theil.“ Die öfter hiergegen angeführten Bestimmungen von L. R. I, 5. §. 75, wonach ein Dritter aus einem Vertrage zu seinem Vortheile diese erst durch seinen Beitritt erwirbt, sind hier, wo der Vortheil des Gläubigers Konsequenz der Uebertragung, nicht Zweck des Geschäfts ist, völlig unanwendbar.

7) L. R. I, 11. §. 463 ff.

8) L. R. I, 11. §. 646. Anh. §. 19. Präj. des Obertribunals 1008. vgl. unter Bd. 2 §. 65.

9) Bekanntlich ist die Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäftes oder, wie dies der Verkehr ausdrückt, der Firma für die unter der Firma des Geschäftes von einem früheren Inhaber eingegangenen Verbindlichkeiten in hohem Grade streitig. Gegen den Uebergang der Schulden auf den Erwerber sprechen sich unter Anderm aus Koch Kommentar Bd. 4. Abth. 2. zu Art. 22 und 23 d. H. G. B. Regelsberger in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 14 S. 1 ff. und insbesondre das R. O. H. G. z. B. Bd. 16 S. 272. Für die Haftung ist u. A. Bekker in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 4 S. 553. Thöl Handelsr. 5. Aufl. I. S. 166. Anschütz und Völderndorff Kommentar Bd. I. S. 192 ff., neuerdings auch das Obertribunal.

Digitized by Google

§. 61. Substanz.

Von besonderer Wichtigkeit ist für das preußische Recht der Begriff der Substanz. Die Substanz einer Sache ist das Wesentliche im Gegensatze gegen nur zufällig Verbundenes oder doch nicht nothwendig Zugehöriges,[1] in Folge dessen auch das Bleibende gegenüber bloß vorübergehender, sich verändernder Zuthat. Was also zur Substanz einer Sache zu rechnen ist, bemißt sich zunächst darnach, was nach allgemeiner Anschauung zur Einheitlichkeit der Sache gehört und zu deren Brauchbarkeit nothwendig erfordert ist. Zuweilen aber richtet sich die Bestimmung der Substanz nach äußeren historischen Gründen. Insbesondere bilden diejenigen Bestandtheile eines Landgutes, welche dasselbe seit Alters her ausmachten, dessen Substanz im Gegensatze gegen später erst hinzuerworbene Grundstücke. Es erklärt sich dies daraus, daß ursprünglich jene Bestandtheile allein die geschlossene, nicht auflösbare Einheit des Gutes ausmachten.[2]

Die Anrechte an die Substanz einer Sache sind nun nicht selten festere, bestimmtere als die auf die bloße Zuthat. Dingliche Rechte an der Sache, wie Pfandrechte, verhaften die Substanz schlechthin und für immer, während das Recht auf das Zugehörende unter Umständen leichter in Frage steht.[3] Ferner sind im Falle eines Kaufes oder anderen Erwerbes Unvollständigkeiten der Substanz, welche der Käufer nicht kannte, anders zu beurtheilen, als bloße Unvollständigkeiten des Zubehörs.[4]

Einen weiteren Sinn hat der Begriff der Substanz nach dem Vorbilde des römischen Rechtes in der Lehre vom Nießbrauche. Hier ist Substanz Alles, was nicht periodisch wiederkehrende, dem Nießbraucher anfallende Nutzung ist.[5]

Die letztere Ansicht wird unterstützt durch Art. 22 und 23, ferner aber Art. 113 des deutschen Handelsgesetzbuches. Doch können diese Bestimmungen, wenn sie auch auf die hier vertretene Ansicht hinführen, allein nicht entscheiden. Es frägt sich hauptsächlich, ob man bei der römischen Ansicht stehen bleiben will, nach welcher im Falle einer Veräußerung immer nur die einzelnen körperlichen Sachen das Objekt bilden, oder ob man sich entschließt, das landrechtliche, dem modernen Rechtsbewußtsein entsprechende Princip zu Grunde zu legen, welches die faktische Zusammengehörigkeit gewisser Aktivbestandtheile und zugehöriger Schulden auch als juristisch wirkend anerkennt. Wer der letzteren Auffassung huldigt, wird auch nicht zulässig finden, daß unter dem Namen der Firma das „Geschäft" als solches veräußert und doch durch den Erwerber die Uebernahme der Schulden abgelehnt werde, da hierin eine protestatio facto contraria zu sehen wäre.

1) L. R. I, 2. §§. 4 und 5. Zur Substanz eines Hauses gehört z. B. dessen Dach, zur Substanz einer Wasser- und Windmühle die Mühlräder und Flügel, zur Substanz eines Tisches die Platte, eines Wagens die Räder.

2) Objekte, welche durch natürliche Ereignisse, Alluvionen und dergleichen zum Grundstücke hinzukamen, treten zur Substanz, vergl. L. R. I, 18. §. 32.

3) Näheres in der Lehre von der Hypothek unten §§. 328. 329; cfr. ferner L. R. I, 18. §§. 28. 29.

4) L. R. I, 11. §§. 42. 81. vgl. unten Bd. 2 §. 134 sub 2. §. 141 sub 1.

5) L. R. I, 21. §. 25. I, 18. §. 228, auch I, 2. §. 110. I, 19. §§. 9 u. 10. Siehe unten §§. 278. 281.

Digitized by Google

§. 62. Pertinenzen.

Nach dem Begriffe des römischen Rechtes ist Pertinenz eine an sich selbständige Sache, welche eine dauernde Verwendung für den Dienst einer anderen, der Hauptsache durch den Besitzer des letzteren erhalten hat. Das römische Recht verwerthete diesen Begriff nur zur Gewinnung eines Interpretationsmittels für die Absicht der Parteien, indem es gemäß der Vermuthung ihres Willens die Verfügungen über die Hauptsache — namentlich durch Verkauf, Vermächtniß, Verpfändung — auch auf die Pertinenzen erstreckte.

Nach preußischem Rechte, welches auch hier deutscher Anschauung entspricht, ist der Begriff der Pertinenz ein anderer.[1] Pertinenz ist nicht bloß die einer Hauptsache dienende Hülfssache, vielmehr Alles, was ein wirthschaftliches Ganze mit einem andern Objekte ausmacht, ohne doch zur Substanz zu gehören. Die Pertinenz wird also vorzugsweise bestimmt durch ein positives Moment, nämlich Zugehörigkeit zu einer andern Sache, zu welchem Momente als negatives Merkmal hinzutritt, daß es sich nicht um einen zum Wesen der Hauptsache gehörenden Bestandtheil handelt. So ist denn keineswegs, wie nach römischem Rechte, für den Begriff nach preußischem Rechte erforderlich, daß die Nebensache bereits wirklich zum Dienste der Hauptsache verwendet wurde,[2] vielmehr ist auch noch nicht Verwendetes, z. B. Baumaterial, dann Pertinenz, wenn es bereits definitiv und äußerlich erkennbar für eine andere Sache bestimmt war. Aber auch sonst ergiebt sich durch den veränderten Begriff eine größere Summe von Pertinenzen.[3] Besonders tritt dies bei den Pertinenzen eines Landgutes hervor. Vor allem betrachtet das preußische Recht, altdeutscher Vorstellung entsprechend, als dem Landgute zugehörig dessen Inventarien an Vieh und Wirthschaftsgeräthe und an den sonstigen zur Bewirthschaftung nöthigen Vorräthen,[4] wäh-

1) Vgl. L. R. I, 2. §. 42 ff. Für gemeines Recht vgl. Wächter II. S. 246 ff., Puchta §. 37, Windscheid I. §. 143; besonders auch hier Unger I. §. 55, welcher aber unter dem Einflusse romanistischer Doktrin stehend, dem modernen Rechte nicht gerecht wird.

2) Ueber die Ausschließung der sogenannten ruta caesa vom Begriffe der Pertinenz nach römischem Rechte, siehe l. 18. §. 1. l. 17. §. 10. D. de A. E. 19, 1. Das preußische Recht bestimmt namentlich L. R. I, 2. §. 88, daß Materialien zur Ausbesserung und Erweiterung eines Gebäudes Pertinenz desselben werden, soweit sie sich auf dem Bauplatze befinden; vergl. auch L. R. I, 2. §. 92.

3) Eine körperliche Sache kann begreiflich nach dem modernen Begriffe Zubehör eines Geschäftes, eines Rechtes sein. L. R. I, 2. §. 67. Unger l. c. n. 4 sieht hierin eine Verwirrung der Begriffe, weil es sich nur um Mittel zur Ausübung des Rechts handle.

4) L. R. I, 2. §. 48 ff. Die auf dem einen Landgute regelmäßig aufbewahrten, aber der Bewirthschaftung eines andern Gutes dienenden Inventarienstücke sind Zubehör des letztern Gutes, nicht des ersteren. R. O. H. G. Bd. 10 S. 158. Nicht

Digitized by Google

und das römische Recht das Inventarium des Landgutes als das Werkzeug des derzeitigen Bebauers dem Gute nicht zuzählt.[5] Ferner sind nach unserm Rechte Pertinenzen auch solche Grundstücke, welche einem als Einheit gedachten Gute von dessen Besitzer zugeschlagen wurden,[6] was entweder durch eine ausdrückliche Willenserklärung oder auch stillschweigend[7] durch gemeinschaftliche Bewirthschaftung geschehen kann und insbesondre durch Zuschreibung des Grundstücks im Grundbuche konstatirt wird. Daß weiter die subjektiv dinglichen Rechte des Gutes insbesondre auf bäuerliche Dienste, aber auch die an deren Stelle getretenen Ablösungskapitalien Pertinenzen desselben sind, ist einleuchtend.[8] Selbst ungetrennte Früchte endlich werden nach preußischem Rechte zu den Pertinenzen gezählt, da sie Theile des Gutes sind, ohne zu dessen Substanz zu gehören, eine Auffassung, welche freilich durchaus nicht römisch ist.[9] Wie beim Landgute, so gilt dem preußischen Rechte auch bei anderen Objekten das Inventar, mittelst dessen sie bewirthschaftet werden, als Pertinenz. Zwar die zur Benutzung eines Wohnhauses inferirten Mobilien sind auch uns nicht dessen Zubehör, sie gelten nicht als dem Hause bestimmt, sondern für die Bewohner angeschafft, welche sie im Falle der Veränderung der Wohnung mit sich zu führen pflegen. Nur diejenigen Mobilien vielmehr, welche erd-, wand-, band-, niet- und nagelfest sind, werden nach unserer Verkehrsansicht der Regel nach als Pertinenz des Hauses aufgefaßt.[10] Dagegen bilden unter Anderem Pertinenzen einer Fabrik die deren Betrieb dienenden Geräthschaften; es ist überhaupt das

---

Pertinenz des Landgutes ist, was der individuellen Neigung und dem persönlichen Bedürfnisse des jetzigen Inhabers dient; insbesondre Thiere, welche auf dem Gute zum Haus- oder persönlichen Gebrauche oder zum Vergnügen ihres Besitzers gehalten werden. Auch ist nicht Zubehör Vieh, welches zum Verkaufe oder Hausgebrauch auf die Maß gestellt wurde. — Die Pertinenzqualität des Gutsinventars beruht auf altgermanischer Vorstellung Beseler Erbverträge I. S. 29. 104 ff. Vergl. auch Arnsbergi §. 55. „Anfangs dachte man sich die fahrende Habe vom Grundstücke ausschlossen und daher auch von der Gewehre am Grundstücke mitbeherrscht."

5) l. 17. pr. D. de A. E. 19, 1: „fundi nihil est, nisi quod terra se tenet." l. 1. pr. l. 2. §. 1. D. de instructo 33, 7. l. 14. D. de supell. 33, 10.

6) S. R. I, 2. §. 44.

7) So Striethorst Bd. 61 S. 336. Dagegen Koch Kommentar zu §. 44.

8) Entscheidungen des Obertribunals Bd. 5. S. 1. So auch Thibaut Pandekten 9. Ausg. §. 157. vgl. oben §. 38.

9) S. R. I, 2. §. 45. I, 20. §. 475. Es ergiebt sich hieraus ganz besonders deutlich, daß wir die Pertinenz nicht in der römischen Begrenzung auffassen, als eine besondere Sache, welche dem Gebrauche einer andern dient.

10) S. R. I, 2. §. 80 ff., österr. Gesetzb. §. 297 und die älteren deutschen Statuten. Beseler P. R. §. 78. Die Vermuthung für die Pertinenzqualität, welche aus der mechanischen Verbindung der Mobilien folgt, fällt weg, wenn, wie dies z. B. bei Kleider- und Bücherschränken der Fall ist, aus der eigenthümlichen Beschaffenheit eines Stückes folgt, daß dasselbe nicht zum Gebrauche des Hauses, sondern der Person des bisherigen Besitzers bestimmt war.

Digitized by Google

dem Gewerbe gewidmete Inventar Zubehör eines den gewerblichen Zwecken gewidmeten Gebäudes, z. B. ist das der Aufnahme der Fremden dienende Mobiliar Pertinenz des Gasthofes, — weil hier überall eine wirthschaftliche Einheit angenommen wird.[11]

Die Pertinenzqualität hat nach preußischem Rechte nicht bloß die Bedeutung eines Interpretationsmittels für die Willensmeinung der Parteien bei Rechtsgeschäften. Vielmehr nimmt nach unserm Rechte die Pertinenz, so lange sie in diesem Verhältnisse steht, in gewisser Hinsicht die juristische Natur der Hauptsache, insbesondre deren Immobiliarqualität an, so, daß auch bewegliche Pertinenzen durch die Auflassung, die Verhypothecirung, die Subhastation des Grundstücks, welchem sie zugehören, mitergriffen werden, obgleich bewegliche Sachen als solche diesen Geschäften nicht unterliegen.[12] Als Einzelsache untersteht indessen die bewegliche Pertinenz einer Immobilie den Normen des Mobiliarrechts, z. B. bezüglich der Veräußerung, der Ersitzung, der Pfändung.

Eigenthumsrechte und dingliche Rechte Dritter werden dadurch an sich nicht berührt, daß deren Sache in ein Pertinenzverhältniß zu einer fremden Sache gesetzt wird.[13]

§. 63. Immobilien.

Während die übrigen körperlichen Objekte mehr oder minder leicht ihre räumliche Stellung verändern, sind allein die Grundstücke als Theile der Erdoberfläche der Ortsveränderung unfähig.[1] Dies giebt dem Rechte an

---

11) Hinsichtlich der Frage, ob auch die zu dem Geschäfte gehörigen und zum Verkaufe bestimmten Materialien Zubehör der Fabrik, des Gewerbelokals seien, findet sich keine völlige Uebereinstimmung der Entscheidungen des Landrechts. Sie ist für die Regel zu verneinen I, 2. §§. 93. 95, wird aber hinsichtlich der Apotheke bejaht §. 94. — Pertinenzen von Mobilien sind die Gefäße, welche zu deren Aufbewahrung nothwendig sind, z. B. die Kisten, in welchen sie versandt zu werden pflegen, L. R. I, 12. §. 407; cfr. l. 3. §. 11. D. de penu legata 33, 9, oder das Futteral einer Schmucksache. Demnach wäre auch der Vogelbauer Pertinenz des Vogels, L. R. I, 2. §. 101. Hinsichtlich der Schiffe vergleiche die von gleichen Principien wie das Landrecht ausgehende Bestimmung des Art. 443 des deutschen Handelsgesetzbuches, welche von der l. 29. D. de instr. legato 33, 7 hinsichtlich der Schiffsboote abweicht.

12) Ueber die Auflassung vgl. unten §. 342. — Die Grundsätze über den Umfang des Hypotheken- und Grundschuldrechts gibt Eigenthumsgesetz vom 5. Mai 1872 §. 30. Dieselben decken sich nicht vollständig mit der allgemeinen Theorie der Pertinenzen.

13) L. R. I, 2. §§. 108. 60.

1) Die den Theorien älterer gemeinrechtlicher Juristen entnommene Definition des Landrechts I, 2. §. 6: „je nachdem eine Sache ihrer Substanz unbeschadet von einer Stelle zur andern gebracht werden kann oder nicht, wird sie für beweglich angesehen," ist freilich sehr abstrakt und läßt mannichfache Deutungen zu. Daß nur Grundstücke unbewegliche körperliche Sachen sein sollen, darüber vergleiche L. R. I, 20. §. 390.

Digitized by Google

Grundstücken thatsächlich eine größere Sicherung gegen Beeinträchtigungen und hat dazu beigetragen, die Immobilien vielfach auch rechtlich auszuzeichnen; sie sind namentlich allein der Auflassung und Verhypothecirung fähig,[2] und hauptsächlich für sie haben sich die besonderen Formen der Veräußerung durch Subhastation entwickelt. Allerdings besteht genau genommen die natürliche Unbeweglichkeit absolut nur für die Grundfläche, nicht für die Bodenbestandtheile, da diese vom Boden abgetrennt und räumlich verbracht werden können. Gleichwohl hat nach praktischer Betrachtung das römische Recht, wie die Grundfläche, so auch was organisch oder mechanisch mit ihr verbunden ist, als Theil des Grundstückes für unbeweglich erklärt. Das preußische Recht geht weiter; ihm ist nicht, wie dem römischen Rechte, die äußere plastische, sondern die wirthschaftliche Zugehörigkeit zum Grundstücke entscheidend. Immobiliarqualität haben hiernach, wie dies oben dargelegt ist,[3] die Pertinenzen des Grundstückes.[4] Alle diejenigen körperlichen Sachen, welche nicht Grund und Boden oder dessen Pertinenz sind, sind auch nach preußischem Rechte bewegliche.[5]

Auch Rechte gewisser Art gelten als unbewegliche Sachen. Rechte haben zwar keine räumliche Existenz und können daher an sich weder als bewegliche noch als unbewegliche Dinge bezeichnet werden. Jedoch unterscheidet das Gesetz gleichwohl bewegliches und unbewegliches Vermögen.[6] Es werden

---

2) L. R. I, 20. §. 390. 3) Oben §. 62 Anm. 12.

4) Die Immobilien sind städtische, worunter meist nach römischem Sprachgebrauch selbständige Gebäude in Stadt und Land zu verstehen sind, und landwirthschaftliche. Die landwirthschaftlichen Grundstücke wiederum sind theils Rittergüter, theils Bauerngüter, ein Unterschied, welcher einst für die rechtliche Natur der Grundstücke von größter Bedeutung, in Folge der neueren Agrargesetzgebung im Privatrechte nur noch von untergeordneter Wichtigkeit ist. Der nicht selten im L. R. gebrauchte Ausdruck „Landgut" bezeichnet regelmäßig dem Ackerbau und der Viehzucht gemeinsam gewidmete Grundstücke; L. R. I, 2. §. 48. so L. R. I, 5. §. 343 ff. unten Bd. 2 §. 145, L. R. I, 21. §. 403 ff. unten Bd. 2 §. 166; an anderen Orten sind hierunter landwirthschaftliche Grundstücke jeder Art, also auch bloß dem Gartenbau, der Wiesenkultur, dem Feldbau gewidmete zu verstehen, L. R. I, 14. §. 188 unten Bd. 2 §. 248.

5) L. R. I, 2. §. 10. Unter den beweglichen Sachen oder dem „Mobiliarvermögen" unterscheidet das Landrecht I, 2 §. 11 ff. „baares Vermögen," worunter es nur geprägtes Geld und Staatspapiergeld versteht, dann „Kapitalvermögen," wohin Schuldforderungen, auch Hypothekenforderungen und Inhaberpapiere, aber auch Bankaktien gerechnet werden, endlich „Effekten," ein Ausdruck, welcher alle anderen Mobilien begreifen soll. Unter „Hausrath" ferner sollen bewegliche Sachen verstanden sein, welche gemeinhin zur Benutzung der Wohnung dienen, unter „Möbeln" dagegen dergleichen Sachen besserer Qualität; der Ausdruck „Mobilien" soll nur Hausrath, Möbel und Geräthschaften begreifen. Das Landrecht selbst hält diese zum Theil willkürlichen Terminologien keineswegs konsequent fest. Vergl. auch Gans Revision S. 446.

6) Unter Umständen thun dies auch Privatrechtsgeschäfte, wobei in erster Linie der Sprachgebrauch der handelnden Parteien und höchstens subsidiär die gesetzliche Terminologie die Entscheidungsnorm giebt.

Digitized by Google

hierdurch die Rechte unter eine Eintheilung gestellt, welche natürlicherweise nur ein Eintheilungsgrund der körperlichen Sachen ist, so daß man gewisse Rechte nach den Grundsätzen, welche für Mobilien, andere nach denjenigen, welche für Immobilien gelten, behandelt. Gemeinrechtliche Schriftsteller betrachteten in dieser Weise als unbewegliches Vermögen 1) alle Rechte, welche Zubehör eines Immobiles waren; 2) außerdem aber Rechte, welche ein Immobile zum Objekte hatten; 3) solche Rechte, welchen das Gesetz durch besondere Bestimmungen Immobiliarqualität beilegte.[7]

Das Landrecht[8] schloß sich hingegen dem Widerstreite an, welchen Einzelne[9] gegen die zweite Kategorie von unbeweglichem Vermögen erhoben, und betrachtet daher nur solche Rechte als unbeweglich, welche Zubehör eines Immobile bilden, sowie solche, welche durch positive gesetzliche Verordnung besonders als unbeweglich bezeichnet werden. Es gehören hierher namentlich verliehene Bergwerke und die selbständigen sächsischen Kohlenabbaugerechtigkeiten;[10] ferner gewisse andere im Grundbuch eingetragene Gerechtigkeiten, welche nicht Grundstücken ankleben, sondern für sich selbst bestehen,[11] insbesondere als Realgerechtigkeit verliehene Apothekerprivilegien, Schiffsmühlengerechtigkeiten und Fähr- und Fischereigerechtigkeiten.

§. 64. Schätzbare, unschätzbare Sachen.[1]

Die bürgerliche Gesellschaft hat nöthig, die Objekte, welche den Gegenstand des Vermögens bilden, nach dem Grade ihrer Nutzbarkeit miteinander in Vergleichung zu bringen und schätzt zu diesem Zwecke deren Werth in Gelde. Für diese Schätzung giebt es einen doppelten Maßstab. Als solcher

---

7) Vergl. z. B. Berger oeconomia juris II. 1. th. 7. §. 8. Lauterbach coll. Pand. I. 8. §. 17. So auch Proj. d. C. jur. Frid. p. II. lib. 1. tit. 3. §. 9, Reskript von 1764 im N. C. C. III. S. 492.

8) L. R. I. 2. §. 8 ff.

9) Der Grund, welcher hierbei angeführt wird, daß quemadmodum persona debitoris mobilis est ac domicilium suo arbitratu transferre potest, etiam actio personalis ossibus personae tantum inhaerens, mobilis judicatur velut accessio ejus, Voet. Pandect. I. 8. §. 21 ist freilich hinfällig. Logische Gründe kann aber auch die gemeine Ansicht, nach welcher Rechte an Immobilien und Forderungen auf Immobilien zum unbeweglichen Vermögen zählen, nicht für sich geltend machen, da die Uebertragung des Begriffes der Unbeweglichkeit von Sachen auf Rechte an sich etwas Unlogisches ist. Es können hier nur äußere Zweckmäßigkeitsgründe walten, welche um deswillen im Zweifel mehr auf die Mobiliarqualität führen, weil das Recht über das Mobiliarvermögen im Ganzen das freiere und fortgeschrittenere ist.

10) Gesetz über den Eigenthumserwerb vom 5. Mai 1872 §. 68, Grundbuchordnung §. 3. L. R. II. 16. §. 253, ferner die Kohlenabbaugerechtigkeiten in den sächsischen Landestheilen. Gesetz vom 22. Februar 1869 §. 3.

11) Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 69. Hypothekenordnung von 1783 I. §§. 14 u. 15. Die Zahl der immobilen Gerechtigkeiten ist in Folge der Aufhebung und Ablösung der Gewerbegerechtigkeiten eine ständig abnehmende.

1) L. R. I. 2. §. 119 ff.

Digitized by Google

kann nämlich einmal dienen der Preis, welcher für Sachen von wesentlich gleicher Art erfahrungsgemäß beim Verkauf in einem gegebenen Augenblicke erzielt wurde — der gemeine Kaufwerth. Einen zweiten Maßstab giebt der regelmäßig wiederkehrende Ertrag oder die Rente des zu schätzenden Objekts. Bei der Berechnung des Werthes des Objekts nach der Rente ist der Durchschnitt mehrerer Jahre zu beachten, in preußischen Gesetzen wird häufig zur Schätzung periodischer Leistungen der Durchschnitt des Ertrages der zehn letzten Jahre zu Grunde gelegt.[2] Welche der beiden Rechnungsarten zur Bestimmung des Werthes anzuwenden sei, ist nach Lage des Falles und der einschlagenden Rechtsverhältnisse zu bestimmen. Insbesondere ist es irrig, den Kaufwerth allein zum entscheidenden Maßstabe zu machen.[3] Vielmehr wird man, da die Kaufkraft wie die Rente Vortheile sind, welche die Sache dem Eigenthümer bietet, der Regel nach je den höheren Betrag berücksichtigen müssen.[4]

An und für sich kommt bei der Schätzung eines Objektes nur in Betracht der gemeine Werth, d. h. der Nutzen, welchen Jedermann aus der Sache ziehen kann. Die Rechtsprechung ist jedoch vielfach veranlaßt, insbesondere bei Schadensersatzansprüchen, denjenigen Nutzen der Sache mitzuschätzen, welchen dieselbe ausschließlich für ein gewisses Subjekt in Folge einer besonderen Brauchbarkeit für dessen Zwecke hat.[5] Den sich hiernach ergebenden Betrag bezeichnet das Landrecht als außerordentlichen Werth, während die moderne Jurisprudenz den Ausdruck Interesse vorzieht. Nur ausnahmsweise ist der Verletzte befugt, seine besondere Vorliebe für die Sache, den sogenannten Affektionswerth in Anschlag zu bringen.[6]

Die Unschätzbarkeit[7] kann eine absolute oder relative sein. Absolut unschätzbar sind Rechte, für welche überhaupt Geld ein Aequivalent nicht

---

2) Vgl. Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 §. 118. Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 §. 9 u. a. a. O.

3) Puchta Pand. u. Vorles. §. 38. Daß auch das römische Recht Gewicht auf die Rente legte, darüber vergl. l. 79. §. 1. D. de V. S. 50, 16 verbis: ex quibus reditus adquiratur. Anders „si res promercales" waren l. 28. l. 29. D. de R. V. 6, 1. l. 9. l. 10. D. de impens. 25, 1. Dernburg Pfandrecht II. S. 355.

4) Vergl. L. R. I. 2. §. 111. „Der Nutzen, welchen eine Sache ihrem Besitzer leisten kann, bestimmt den Werth derselben." Die Bestimmungen über das Verfahren bei gerichtlichen Taxen A. G. O. II. 6. §. 12 gehen sogar für die Regel von der Schätzung nach dem Ertrage und dessen Kapitalisirung aus und kommen erst aushülfsweise, z. B. bei Lust- und Ziergärten §. 16, auf den gewöhnlichen Preis, welchen solche Grundstücke am Orte haben. Der Nachweis des Interessenten, daß die fraglichen Objekte einen höheren Verkaufspreis haben, als der Ertrag ergiebt, ist hiermit jedoch nicht ausgeschlossen.

5) Z. B. bei Expropriationen, siehe oben §. 34 unter 3, wegen Verschuldung u. s. f. Vergl. unten Bd. 2 §. 74 ff.

6) L. R. I. 6. §§. 87. 96. 97. I. 11. §. 880, vergl. unten Bd. 2. §. 250.

7) L. R. I. 2. §. 119. cfr. I. 4. §. 124.

Digitized by Google

bildet, z. B. persönliche Freiheit. — Relativ unschätzbar sind solche Objekte, welche zwar geldwerthig sind, deren Werthbetrag sich aber um deswillen nicht objektiv mit Sicherheit bestimmen läßt, weil sie weder einen Marktpreis haben, noch einen gleichmäßigen und ständigen Ertrag liefern. Es gehören hierher unter Anderem Bergwerksgerechtigkeiten.[8]

§. 65. Vertretbare, verbrauchbare Sachen.

Bei gewissen Objekten kommt es dem Verkehre der Regel nach nur auf die Gattung, nicht auf die Species an. Solche Objekte nennt man vertretbare, fungibele. Die Fungibilität beruht nicht etwa auf einer besonderen physischen Beschaffenheit der Sache, sondern darauf, daß Objekte in größerer Menge existiren, welche sich in denjenigen Eigenschaften nicht unterscheiden, auf die man durchschnittlich Gewicht legt. Viele von diesen Objekten sind nun so geartet, daß sie durch den Gebrauch aufgebraucht werden, z. B. Wein, Oel, Holz, Tabak — sogenannte verbrauchbare Sachen. Es giebt indessen auch Sachen, z. B. Metallwaaren oder Drucksachen, welche sich durch den Gebrauch nicht verbrauchen und sich dennoch der Regel nach nicht von Sachen gleicher Art durch individuelle Eigenthümlichkeit unterscheiden. Daher war es unrichtig, wenn die Theorie des vorigen Jahrhunderts und mit ihr das Landrecht nur die verbrauchbaren Sachen als vertretbare bezeichnete.[1] Es muß auch bei uns, wie bei den Römern, trotz unserer beschränkten gesetzlichen Definition Alles als fungibel angesehen werden, was der Verkehr als völlig gleichwerthig ansieht.

Die Vertretbarkeit ist eine durch die Verkehrssitte geschaffne Eigenschaft der Sachen. Hiernach wird deren regelmäßige Behandlung bestimmt, ohne daß ausgeschlossen ist im einzelnen Fall durch besondre Bestimmung Fungibeln als Species zu behandeln. Andrerseits können aber die Betheiligten Nichtfungibeln generell stipuliren und so eine Gattungsobligation schaffen, bei

---

8) Bei der Bestimmung des Stempelbetrages entscheidet das approximative Gutachten des Oberbergamtes, Gesetz vom 7. März 1822 §. 4 sub e. Dieses Gutachten soll auch zur Bestimmung des Werthes von Bergwerksantheilen in Civilprocessen dienen: Verordnungen vom 21. Juli 1843 §. 7 und vom 10. Mai 1851 über den Ansatz der Gerichtskosten §. 12. Bestimmungen über den Ansatz der Gerichtskosten in Rücksicht auf andere Gegenstände, die keiner Schätzung fähig sind, enthält das Gesetz vom 10. Mai 1851 §. 11 sub 4.

1) L. R. I. 2. §§. 120. 111, vergl. I. 21. §. 173. I. 14. §. 83 ff. Vgl. österr. Gesetzb. §. 301. c. civ. art. 1874; anders das deutsche H. G. Art. 91. Ueber den Umfang der verbrauchbaren Sachen selbst herrscht Streit; insbesondere ob die in Kurzem sich abnutzenden Dinge, z. B. Kleider zu denselben gehören. Indessen ist eine Beantwortung in abstracto nicht thunlich. Die Frage, um die es sich handelt, reducirt sich immer dahin, ob Rückgabe in specie oder in genere zu erfolgen habe. Dies ist aber aus der speciellen Parteiintention zu entnehmen. Vergl. unten §. 278.

Digitized by Google

welcher die Individualität des zu Leistenden gleichfalls zunächst nicht in Betracht gezogen wird.[2]

§. 66. Theilbarkeit und Untheilbarkeit.

Da die Rechtsobjekte im Privatrechte nicht nach ihren physikalischen Eigenschaften, sondern nach ihrer Brauchbarkeit in Betracht kommen, so bestimmt sich auch ihre Theilbarkeit im preußischen wie im römischen Privatrechte nach dem letzteren Kriterium.[1] Theilbar sind hiernach körperliche Sachen, wenn sie in gleichartige Bestandtheile zerlegt werden können, ohne daß der verhältnißmäßige Werth der Theile hierdurch leidet.[2] Nach denselben Grundsätzen entscheidet sich die Frage der Theilbarkeit von transscendenten Größen, insbesondere von Handlungen; z. B. ist die Pflicht zur Leistung einer Summe oder zum Pflanzen von hundert Obstbäumen rechtlich theilbar.[3]

Die Theilbarkeit des an sich theilbaren Objektes kann nach preußischem Rechte durch Privatdisposition dinglich beschränkt werden,[4] insbesondere durch fideikommissarische Bestimmung. Hingegen ist die frühere gesetzliche Untheilbarkeit der Güter, wie später näher zu erörtern ist, weggefallen.[5]

§. 67. Dem Privateigenthum entzogene, öffentliche Sachen.

Die an sich beherrschbaren Objekte der Außenwelt sind der Regel nach befähigt, im Privateigenthume der Individuen zu stehen. Daß sie demselben

---

2) Vergl. Goldschmidt Handelsrecht Bd. I. §. 61.

1) S. R. I. 2. §. 41. I. 17. §. 87. Wächter über Theilung und Theilbarkeit der Sachen, Archiv für civilistische Praxis Bd. 27 S. 155 ff. P. R. II. §. 43.

2) Untheilbar sind daher namentlich meist die beweglichen Sachen, z. B. ein Schiff, ein Pferd, ein Edelstein, nicht aber Bretter, Metallbarren u. s. f. Theilbar sind der Regel nach Grundstücke, jedoch keineswegs schlechthin. Vergl. Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 §. 107. Demgemäß bestimmt diese Ordnung §. 109 der Natur der Sache entsprechend, daß die Naturaltheilung eines gemeinschaftlichen Waldes nur dann zulässig sei, wenn entweder die einzelnen Antheile zur forstmäßigen Benutzung geeignet bleiben, oder wenn sie sonst vortheilhaft, als Aecker oder Wiesen, benutzt werden können. Häuser sind reell nur theilbar, wenn Baueinrichtungen bestehen oder getroffen werden können, welche jeden Theil als ein selbständiges Ganze erscheinen lassen. Vergl. Entsch. des O. Trib. Bd. 53 S. 4 ff., auch Bd. 75 S. 85.

3) Vergl. Art. 359 des Handelsgesetzbuches.

4) S. R. I. 17. §. 75. Jedoch hat ein Verbot des Erblassers, wonach sein Nachlaß niemals getheilt werden soll, keine Wirkung, wohl aber kann er die Theilung auf Zeit verbieten oder für einzelne Nachlaßobjekte ausschließen. S. R. I. 17. §. 118 ff.

5) S. R. II. 7. §. 16. I. 18. §§. 481. 482. Die Beschränkungen der Theilbarkeit, welche nicht privatrechtlicher Natur waren, hob zuerst auf das Edict vom 9. October 1807.

Digitized by Google

entzogen seien, ist daher nicht zu vermuthende Ausnahme.[1] Eine solche Entziehung ist bald eine unbedingte, bald eine relative, sie beruht bald auf natürlichen Gründen, bald auf positiver Rechtssatzung.[2]

1) Im modernen Rechte sind dem Privateigenthume absolut entzogen nur solche Objekte, welche aus natürlichen Gründen dazu nicht tauglich sind. Insbesondere sind in ihrem Naturzustande nothwendig herrenlos die athmosphärische Luft, das fließende Wasser, die Meereswogen, wie auch das Meer selbst.[3] Insoweit sich jedoch Einzelne durch Ausscheidung aus der Gesammtmasse, z. B. durch Wasserleitungen, Gasröhren, meßbare Quantitäten ausschließlich angeeignet haben, beginnt wieder das Privateigenthum.

2) Im Gegensatz zu den dem gewöhnlichen Verkehr dienenden Sachen stehen ferner die Objekte, welche unmittelbar den öffentlichen Zwecken bestimmt sind, die sogenannten öffentlichen Sachen. Zu diesen gehören die Sachen, welche unmittelbar den Staatszwecken dienen, wie Festungen, Häfen und Meeresufer,[4] öffentliche Flüsse, Gebäude für öffentliche Anstalten und Behörden, ferner die in gleicher Weise zu kommunalen und Gemeindezwecken bestimmten Objekte, wie Provincial-, Kreis-, Gemeindestraßen, Plätze, Brücken, Brunnen, Gemeindekirchhöfe, öffentliche Anlagen,[5] endlich auch die dem Gottesdienst oder den religiösen Zwecken der ausdrücklich aufgenommenen Religionsgesellschaften gewidmeten Objekte, wie deren Kirchen und Kirchhöfe.[6][7] Da alle diese Gegenstände ihre besondre Rechtsstellung in Folge ihrer Bestimmung für öffentliche Zwecke haben, so verlieren sie dieselbe, wenn sie jener Bestimmung durch einen Willensakt des Staates oder rechtsgiltigen Beschluß der Korporation entzogen werden. Ausdrücklich muß dieser Akt nicht sein, er kann auch durch Handlungen erklärt werden, z. B.

---

1) L. R. I. 8. §. 5. Theile des menschlichen lebenden Körpers sind keine Sachen im Rechtssinne, sondern Organe des beseelten Rechtssubjektes. Sie werden jedoch mit dem Momente des Abschneidens verkehrsfähige Sachen und treten in das Privateigenthum des bisherigen Trägers. Ferner wird der Körper des Menschen mit dessen Tode, da er fortan nicht mehr das leibliche Organ eines Rechtssubjektes bildet, eine verkehrsfähige Sache, so jedoch, daß er dem Rechte und der Sitte gemäß der Regel nach der Bestattung nicht entzogen werden soll. Vergl. Strafgesetzbuch §. 168. §. 367.

2) L. R. I. 8. §. 3 ff., Beseler §. 76, Gerber §. 61.

3) Vergl. L. R. II. 14. §. 21.

4) Nach römischer Anschauung galt auch das Meeresufer als durch die Natur jedem Eigenthume entzogen (res communis omnium), insbesondere also auch nicht als im Eigenthume des römischen Staates stehend; l. 14. pr. D. de a. r. d. 41, 1. Das germanische Recht sieht dagegen das Meeresufer als Eigenthum des Staates an. L. R. II. 15. §. 80.

5) Vergl. Grundsteuergesetz vom 21. Mai 1861 §. 4 sub c.

6) L. R. II. 11. §§. 17. 18. Auch Synagogen sind öffentliche Sachen. Vergl. auch Gebäudesteuergesetz §. 3 sub 4 und 5.

7) Kirchhöfe sollen die Gemeinden auch nach ihrer Schließung ohne Genehmigung der Ressortminister innerhalb der Zeit von 40 Jahren nicht in Verkehr setzen

Digitized by Google

durch solche mit dem Willen des Staates erfolgte Veränderungen, welche die Sache für ihren bisherigen öffentlichen Zweck unbrauchbar machen. Dagegen ist eine physische Veränderung keineswegs erforderlich. Daher tritt z. B. eine Kirche, deren Widmung zum Gottesdienste aufgehoben ist, oder eine Verschanzung, die nicht länger zur Landesvertheidigung bestimmt ist, hiermit auch ohne bauliche Veränderung in das gewöhnliche Privatrecht.

Die öffentlichen Sachen sind nicht etwa herrenlos, so daß der Begriff die Negation jedes Eigenthums in sich schlösse. Vielmehr stehen auch öffentliche Sachen, wie schon nach römischem Rechte[8] anzunehmen ist, nach preußischem Rechte aber nicht bezweifelt werden kann, im Eigenthume des Staates,[9] der Kommune oder der Kirche. Selbst im Eigenthum von Privatpersonen finden sich derartige Sachen nicht selten unvorgreiflich ihrem Dienst für das Allgemeine.[10] Oeffentliche Sachen unterstehen daher den Grundsätzen des Privatrechts, z. B. des Nachbarrechts,[11] unanwendbar sind aber solche Normen, welche die Benutzung der Sache als einer öffentlichen hindern oder aufheben würden; es gilt dies namentlich für den Erwerb des Eigenthums durch Dritte ohne Willen des jetzigen Eigenthümers, z. B. durch Ersitzung[12] oder Inädifikation.

---

nach einem Ministerialreskript vom 28. Januar 1830. Der römische Grundsatz, wonach Begräbnißstätten als solche, auch wenn sie nicht Gemeinden oder Kirchen gehören, sondern von Privaten angelegt wurden, dem Verkehre entzogen sind, gilt bei uns nicht.

8) Für das römische Recht herrscht Streit, indem Manche behaupten, daß die öffentlichen Sachen dort dem Eigenthumsrechte ganz entzogen und nur dem Hoheitsrechte des Staates oder der Gemeinde unterworfen seien. Die Frage wurde neuerdings lebhaft verhandelt bei Gelegenheit eines Rechtsstreites über die Festungswerke der Stadt Basel. Gegen das Staatseigenthum Ihering, Leipzig 1862, — dafür Rittmann, Zürich 1861. Dernburg, Halle 1862; vergl. auch Wappäus: Von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen 1867. Windscheid I. §. 146.

9) L. R. II. 14. §. 21. II. 11. §§. 160. 170. 183. Das Landrecht unterscheidet „gemeines" Eigenthum des Staates und „besonderes." Ersteres sind diejenigen Vermögensrechte, welche unmittelbar auf den allgemeinen Gesetzen beruhen, letzteres Vermögensrechte, welche, wie insbesondere Domainen, durch besondere Rechtsthatsachen erworben sind. Die wichtigsten öffentlichen Sachen gehören zum „gemeinen" Staatseigenthum.

10) So erwähnt Grundsteuergesetz vom 21. Mai 1861 §. 4 sub d Brücken, Kunststraßen, Schienenwege der Eisenbahnen und schiffbare Kanäle, welche mit Genehmigung des Staates von Privatpersonen oder Aktiengesellschaften zum öffentlichen Gebrauch angelegt sind. Es geht ferner durch Schiffbarmachung eines Privatflusses das Recht seiner Eigenthümer, soweit es mit der nunmehrigen Bestimmung des Flusses bestehen kann, nicht verloren. L. R. II. 15. §. 41. Entsch. des O. Trib. Bd. 70 S. 66. — Vergl. noch Striethorst Bd. 95 S. 63.

11) So liegt dem Eigenthümer einer öffentlichen Straße die Erhaltung von Scheidungen ob, wie dem Eigenthümer eines Privatgrundstücks. Entsch. des O. Trib. Bd. 74 S. 192. Auch die Gränzscheidungsklage ist zulässig. Striethorst Bd. 85 S. 192.

12) L. R. I, 9 §. 582, vergl. aber Präj. des Obertribunals 694; siehe unten §. 80 Anm. 4 u. 5.

Digitized by Google

Von dem Charakter als öffentliche Sache ist natürlich die thatsächliche Herrenlosigkeit zu unterscheiden, welche einen momentanen Zustand bezeichnet.[13] Herrenlos sind insbesondere nach deutschem und preußischem Rechte die im Boden lagernden bergmännischen Fossilien,[14] während dieselben nach römischem Rechte dem Eigenthümer des Grund und Bodens gehörten.

---

13) Vergl. jedoch schon jetzt L. R. II. 16. §. 1; auf Sachen, welche in keines Menschen Eigenthume gewesen sind, hat der Staat ein vorzügliches Recht zum Besitze.

14) Berggesetz vom 24. Juni 1865 §. 1.

Digitized by Google

Dritter Abschnitt.

Die Privatrechte in ihrer Entstehung und Endigung.

§. 68. Allgemeines.

Die Begebenheiten, welche die Entstehung sowie die Endigung und die Veränderung von Rechten eines Individuums bewirken, sind theils Produkte seiner eigenen Willensthat, theils treten sie unabhängig von seiner Thätigkeit ein, so daß wir die juristischen Thatsachen theils als subjektive, theils als objektive bezeichnen können. Der ersten Klasse gehören die Rechtsgeschäfte und schuldhaften Handlungen an.

Für das ältere deutsche Recht ist es nun charakteristisch, daß sich die Rechte vorzugsweise durch unveränderlich eingreifende, das Schicksal der Einzelnen unabhängig von deren Willen bestimmende objektive Thatsachen zu gestalten pflegten. Dem ausgebildeten römischen Rechte dagegen war umgekehrt der normale Faktor für rechtliche Veränderungen die eigene Willensthat des betreffenden Rechtssubjektes, so daß beispielsweise der Erbschaftserwerb sich nicht, wie im alten deutschen Rechte von Rechtswegen, sondern erst durch Willensentschluß vollzog, daß die vertragsmäßige Bestellung einer Dos Grundlage des ehelichen Güterrechtes in Rom wurde, während sich die Verhältnisse der Ehegatten nach deutschem Rechte in der Regel unmittelbar durch das Gesetz normirten, daß dem römischen Schuldrechte Reallasten und Realrechte unbekannt waren und daß selbst das Personenrecht in Rom theilweise durch Privatrechtsgeschäfte, insbesondere durch Adoptionen und Emancipationen geregelt zu werden pflegte, was dem deutschen Rechte ursprünglich völlig fremd war. Aus jener Grundrichtung des römischen Rechtes entsprang denn auch die römische Sitte des prätorischen Zwanges zum Kontraktschluß, z. B. zu der cautio damni infecti, statt direkter Auflegung einer Verbindlichkeit durch das Gesetz; endlich erklärt sich aus ihr die römische Theorie des Quasikontraktes und Quasidelliktes, durch welche man solche Verpflichtungen, welche ihren Grund in der objektiven Lage der Verhältnisse hatten, wenigstens im Wege der Fiktion auf Vertrag und Delikt zurückführte. Das heutige, insbesondere auch das preußische Recht nimmt eine Mittelstellung ein. Dasselbe hat zwar dem subjektiven Willen der Rechtssubjekte im Gegensatze zum deutschen Rechte des Mittelalters einen sich stetig erweiternden Spielraum

Digitized by Google

gegeben; immerhin haben bei uns die auf der Rechtsordnung unmittelbar fußenden, objektiven Thatsachen eine selbständige rechtsbildende Kraft in einem Umfange behalten, wie ihn das römische Recht nicht kannte.

§. 69. Berechnung der Zeit.[1]

Nach Gesetz oder richterlicher Verfügung oder Parteiwillen ist die Entstehung oder Veränderung von Rechten häufig von der Vollziehung einer Thatsache in einer bestimmten Zeit abhängig, und ebenso die Dauer von Rechtswirkungen an einen Zeitabschnitt gebunden. Es ist daher für die Bemessung der Zeit die Aufstellung von Grundsätzen geboten, welche bei Interpretation solcher Verfügungen anzuwenden sind, falls diejenigen, von denen sie herrühren, keine besondere Meinung hierüber kundgaben.

Jene juristischen Grundsätze haben wiederum mehr oder weniger ihre Quelle in dem, was im Verkehre gang und gäbe ist. Der Verkehr aber achtet bei der Messung der Zeit nicht vorzugsweise auf die doch nur in beschränkter Weise erreichbare mathematische Genauigkeit, vielmehr ist er zufrieden mit einem Ungefähr. Dieser Anschauung gemäß bestimmt das preußische Recht, wie dies die römische Jurisprudenz that, daß der Regel nach nur ganze Tage gezählt werden (gesetzliche oder civile Berechnung), so daß der Tag als kleinste Zeiteintheilung gilt.[2] Hiernach werden Stunden nur dann berücksichtigt, wenn Gesetz oder Vertrag eine Berechnung nach Stunden besonders vorschreiben. Wie aber, wenn im Gesetze oder im Vertrage von 24 Stunden die Rede ist? Ist dies wörtlich zu nehmen oder als volksthümliche Bezeichnung für einen beweglichen Tag zu fassen? Der Regel nach wird das Letztere der Sinn sein. Jedoch kann auch die Meinung sein, daß die Stunden als solche gezählt werden.[3]

Wenn also im Allgemeinen die Berechnung der Zeit im römischen und heutigen Rechte auf dem Systeme der Berechnung nach Tagen fußt, so ist doch die Detailbehandlung in beiden Rechten eine verschiedene. Das Streben der Römer ging nämlich auf möglichste Gleichförmigkeit der Rechnung,

---

1) L. R. I. 3. §. 45 ff. Vergleiche über röm. Recht Bangerow I. §. 196. Savigny IV. S. 297 ff. Beil. XI, Wächter II. §. 117, Unger II. §. 103 ff.

2) L. R. I. 3. § 45, cfr. II. 11. §§. 1088. 1153, ferner l. 134. D. de V. S. 50, 16.

3) Daher betrachtet das Obertribunal die 24 Stunden der gesetzlichen Erklärungsfrist auf eine Offerte in L. R. I. 5. §. 95, cfr. I. 21. §. 345 als einen bürgerlichen Tag, welcher nach Ablauf desjenigen Tages beginnt, in welchen die Offerte fällt. Entsch. d. O. Trib. Bd. 17 S. 152 ff. Dagegen Koch Kommentar zu L. R. I. 3. §. 45. Für Vertragsbestimmungen, z. B. eine vereinbarte Ladefrist von 24 Stunden für ein Schiff gilt das Gleiche R. O. H. G. Bd. 12 S. 127. Bezüglich der Gewähr von Viehmängeln L. R. I. 11. §. 199 nimmt das Obertribunal, Präjudiz 100, die 24 Stunden wörtlich.

Digitized by Google

den Neueren ist Bequemlichkeit und Leichtigkeit der Handhabung von größerer Wichtigkeit. Um jener Gleichförmigkeit willen löste die civile Berechnung der Römer die herkömmlichen Zeitmaße in eine ein für allemal bestimmte Zahl von Tagen auf. Daher behandelte man in Rom das Jahr als eine Summe von 365 Tagen, man betrachtete aber auch, worin sich die Tendenz der Gleichförmigkeit vorzüglich zeigt, eine in Monaten ausgedrückte Zeitbestimmung schlechthin so, als wenn eine entsprechende Zahl von 30. Tagen festgesetzt wäre.[4] Die Bequemlichkeit des heutigen Verkehrs hingegen rechnet nach dem wiederkehrenden Kalendertage. Hiernach vollendet sich eine Monatsfrist bald in 31, bald in 30, bald nur in 28 Tagen. Wenn auch diese Bulgärberechnung im preußischen Rechte nicht durchaus adoptirt wurde, so ist sie doch für Wechsel-, Handels- und Bergwerkssachen[5] und selbst für das Strafrecht[6] die gesetzliche Berechnungsart geworden. Wir werden sie ferner der Intention der Parteien gemäß für vertragsmäßige Monatsfristen jeder Art zur Anwendung zu bringen haben.[7]

§. 70. Fortsetzung. Die civile Rechnung des Landrechts.

Für die Regel hat sich das preußische Landrecht der modernen Rechnung nach dem wiederkehrenden Kalenderdatum nicht angeschlossen. Dasselbe folgt vielmehr bei Berechnung gesetzlicher Fristen insofern der römischen Rechnungsweise, als es das Jahr gleich 365, den Monat gleich 30 Tagen ansetzt.[1]

---

4) Näheres hierüber siehe bei Savigny IV. §. 181. An die Umsetzung aller Zeitmaße in Tage schloß sich die „utile" Berechnung der Römer an, bei welcher diejenigen Tage nicht gezählt wurden, an welchen man eine geforderte Handlung nicht verrichten konnte. Bei uns hingegen wird stets fortlaufend gezählt. Jedoch findet sich eine Art utiler Berechnung bei dem Protest eines Wechsels Mangels Zahlung. Art. 41 der Wechselordnung bestimmt nämlich, „daß dieser Protest spätestens am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage geschehen müsse." Ueber die Auslegung dieser Vorschrift bildeten sich verschiedene Ansichten. Die zur Herrschaft gelangte Meinung aber ist, daß außer dem Zahltage zwei Werktage nöthig sind, so daß z. B., wenn der Wechsel am grünen Donnerstage verfällt, da der Charfreitag ein Feiertag ist, Sonnabend der erste und Osterdienstag der zweite Protesttag ist. Siehe Koch Komm. zu Art. 41 der W. O. Vergl. auch bezüglich der Ladefristen der Seeschiffe unten Bd. 2 §. 204.

5) Diese Berechnung nahm bereits das L. R. für Wechsel an, II, 8. §. 855 ff. Sie ist übergegangen in den Art. 32 der deutschen Wechselordnung, den Art. 328 des deutschen Handelsgesetzbuches und §. 242 des Berggesetzes vom 24. Juni 1865. So auch R. C. P. O. §. 200 Abs. 1.

6) Strafgesetzbuch §. 19 im Gegensatz zu dem früheren preußischen Strafgesetzbuch §. 15.

7) Anders Koch Kommentar zu L. R. I. 3. §. 45.

1) L. R. I. 9. §. 550. Förster Pr. R. I. §. 45 nimmt freilich an, daß sich aus der für einen bestimmten Fall (L. R. I. 9. §. 550) aufgestellten Berechnung nicht schließen lasse, daß der Monat der Regel nach auf 30 Tage zu berechnen sei. Allein jener besonders entschiedene Fall — der Verjährung — ist allgemeiner Natur.

Digitized by Google

Indessen differirt die landrechtliche Zählung von der römischen wiederum darin, daß sie den ersten Tag, in welchen das relevante Ereigniß fällt, nicht mitzählt,[2] wie dies in Rom allerdings geschah.[3] Hierdurch gewinnt die landrechtliche Rechnung wenigstens bei Jahresfristen doch den wiederkehrenden Kalendertag und kommt mit der modernen Vulgärberechnung überein. Während daher bei den Römern eine jährige Frist, welche von einem in den ersten Januar fallenden Ereignisse läuft, sich am folgenden 31. December vollendete, da mit diesem Tage die Zahl von 365 Tagen erfüllt ist, ergiebt die Nichtberücksichtigung des ersten Tages nach landrechtlicher Zählung als Endtermin den folgenden 1. Januar. Bei der Berechnung einer in „acht Tagen" angesetzten Frist kann jedoch diese Zählungsweise nicht eintreten, da der Meinung dieses Ausspruches entsprechend hier vielmehr der erste Tag mitzuzählen ist.[4 5] Dies Alles gilt für vertragsmäßige wie gesetzliche Fristen.

Die Römer behandelten den Schalttag, den 25. Februar, als einen Tag mit dem vorhergehenden 24. Februar.[6] Sie benannten daher beide Tage mit einem und demselben Namen und zählten beide bei Berechnung gesetzlicher Fristen nur als einen Tag.[7] Unserem Verkehr ist diese Behand-

---

2) Das Landrecht bedient sich ohne Unterschied des Ausdruckes „von dem Tage an" und „nach dem Tage." — Einzelanwendungen des Principes geben I. 18. §§. 125. 410, Verordnung vom 5. Mai 1838 §. 9 über Insinuation der richterlichen Erkenntnisse. Vergl. Striethorst Bd. 82 S. 26. R. O. H. G. Bd. 12 S. 129, auch Entsch. d. O. T. Bd. 59 S. 453. Andere Ansicht bei Holländer in Ulrichs Archiv Bd. 11 S. 523 ff. Wie das L. R. berechnen auch die deutsche Wechselordnung Art. 32, das deutsche Handelsgesetzbuch Art. 328 Nr. 1 den ersten Tag nicht.

3) l. 5. D. qui test. facere 28, 1. Wächter II. S. 828. 829 bezeichnet die Nichteinrechnung des ersten Tages als „deutsche" Berechnung. Windscheid wiederum I, §. 103 Anm. 14 will im einzelnen Falle den Willen nach den gebrauchten Ausdrücken ausgelegt haben. Gewiß ist dieser Wille, wenn erkennbar, das Entscheidende. Doch hier handelt es sich darum, wie zu urtheilen ist, wenn derselbe nicht bestimmt ausgesprochen ist, wenn es vielleicht nicht einmal hinsichtlich dieses Punktes zu einem bestimmten und klaren Wollen gekommen ist.

4) So u. A. L. R. I. 9. §. 31. I. 11. §§. 204. 224. 289. Plenarbeschluß des O. Trib. vom 2. Juli 1855. Entsch. Bd. 31 S. 189. Bei Handelsgeschäften jedoch werden unter Fristen von acht oder vierzehn Tagen für die Erfüllung volle acht oder viezehn Tage verstanden nach H. G. B. Art. 328.

5) Die aus dem älteren deutschen Rechte überkommene Bezeichnung von Jahr und Tag faßt das L. R. als die Zeit eines Jahres und eines Monates. L. R. I. 3. §. 49. Das Landrecht schließt sich also nicht der verbreiteten Rechnung des sächsischen Rechtes von 1 Jahr 6 Wochen und 3 Tagen, sondern der lehnrechtlichen an, 1 feud. 22 verb. „ultra annum et mensem."

6) Den 25. Februar weist Mommsen in Bekkers Jahrbuch des gemeinen Rechts III. 14 als den Schalttag der Römer nach, während Andere, insbesondere auch der Kirchenkalender, den 24. als Schalttag nahmen.

7) Aus l. 2 D. div. praescr. 44, 3 ist zu entnehmen, daß wenigstens der römische Jurist Marcellus diesen Satz nicht anwendete bei vertragsmäßigen in Tagen bestimmten Fristen, vielmehr hier auch den Schalttag zählte. Savigny IV. S. 464 ff.

Digitized by Google

lung des Schalttages an sich fremd; der Schalttag — bei uns der 29. Februar — wird vielmehr als selbständiger Tag gezählt. Nur bei Jahresfristen wird er auch nach unserer civilen Berechnung außer Betracht gelassen, wodurch wiederum erreicht wird, daß auch im Falle des Vorkommens von Schaltjahren der wiederkehrende Kalendertag den Zeitabschnitt abschließt.[8]

Als geendigt gilt der zu berechnende Zeitabschnitt erst mit dem Ablaufe des letzten ihm zugehörigen Tages.[9] Ist jedoch die Erwerbung eines Rechts an eine Zeit gebunden, so genügt nach dem Landrechte bereits der Anbruch des letzten Tages. Dies ist ausdrücklich vorgeschrieben für die Berechnung der Volljährigkeit und gilt auch für andere Fristen, welche Rechte an ein bestimmtes Alter knüpfen, so daß die höhere Fähigkeit mit dem Beginne des Geburtstages erworben ist.[10] In diesen Fällen wird also die Ungenauigkeit, welche darin liegt, daß man die 365 Tage des Jahres erst mit dem Tage nach dem Geburtstage zu zählen beginnt, nachträglich kompensirt.

Sonntage, allgemeine Feiertage, in gewissem Maße auch Feiertage des Verpflichteten[11] können die Nichtvornahme einer Rechtshandlung entschuldigen oder auch unthunlich machen. Fällt daher ein Termin auf solche Tage, so verlegt er sich auf den nächsten Werkeltag.[12] Bei einer Frist dagegen werden jene Tage nicht ausgezeichnet, selbst wenn sie die Frist schließen, die fragliche Handlung muß daher am vorhergehenden Wochentage vollzogen werden.[13]

---

8) Hierauf beschränkt sich die Bestimmung von L. R. I, 9 §§. 548. 549.

9) L. R. I, 3 §. 47. I, 9 §. 547.

10) L. R. I, 3 §. 46. I, 5 §. 18. Savigny IV, S. 410 ff. findet dieselbe Regel im römischen Rechte; cfr. u. A. l. 15 D. de div. praescr. 44, 3. l. 6 D. de Obl. et Act. 44, 7.

11) Das L. R. I, 3 §. 48 will den Feiertag des Verpflichteten beachtet haben, neuere Gesetze, z. B. W. O. Art. 92, H. G. B. Art. 329. 330, Reichscivilproceßordnung §. 200 Abs. 2 berücksichtigen nur die Sonntage und die allgemeinen Feiertage, zu welchen z. B. die jüdischen nicht zu rechnen sind, R. O. H. G. Bd. 2 S. 411.

12) L. R. I, 3 §. 48, W. O. Art. 92, H. G. B. Art. 329, A. G. O. I, 8 §. 5. Anders wenn der Termin absichtlich — insbesondre wegen eines Nothfalls — auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag gesetzt ist, vgl. R. C. P. O. §. 193 Abs. 3.

13) So hat das O. Trib. Präj. n. 883 bezüglich der Frist zur Einlegung von Rechtsmitteln erkannt; ebendies bestimmt H. G. B. Art. 330 Abs. 2. Anders W. O. Art. 92. Für die Zukunft hat die R. C. P. O. §. 200 Abs. 2 die Endigung der Proceßfristen nicht folgerecht auf den Ablauf des nächstfolgenden Wochentags verlegt.

Digitized by Google

Erstes Kapitel.

Die Rechtsgeschäfte.

§. 71. Begriff. Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäftes.

Der wichtigste Faktor rechtlicher Veränderungen ist das Rechtsgeschäft, d. h. der Willensakt, welcher die Ordnung der Rechtsverhältnisse der Handelnden zum Zwecke hat.[1] Die Rechtsgeschäfte sind ihrer Form nach entweder einseitige, oder mehrseitige, Verträge,[2] ferner ihrem Zwecke nach bald Geschäfte von Todeswegen,[3] bald solche unter Lebenden, endlich nach ihrem ökonomischen Charakter entweder onerose — lästige —, oder lukrative — wohlthätige.[4]

Was sich als Rechtsgeschäft äußerlich darstellt, kann gleichwohl der beabsichtigten Wirkungskraft entbehren. Der Grund ist nach preußischem wie nach römischem und gemeinem Rechte bald in der Nichtigkeit des Geschäftes, bald in bloßer Entkräftbarkeit zu suchen,[5] wenn auch im Sprachgebrauche des Landrechtes die Verschiedenheit sich nicht scharf ausprägt. Nichtig ist das Geschäft dann, wenn es rechtlich gar nicht zu Stande gekommen ist, so daß nur die äußere Erscheinung eines Rechtsgeschäftes vorliegt. Solche Nichtigkeit war im römischen Rechte der Regel nach absolut, so daß sich Jeder auf dieselbe berufen konnte, ja ursprünglich kannte das römische Recht nur die absolute, keinerlei relative Nichtigkeit.[6] Bei uns hingegen ist die Nichtigkeit sehr häufig nur eine relative, d. h. es können sich nur diejenigen auf sie berufen, welche durch sie geschützt werden sollen, und nur diese können sie durch Bestätigung beseitigen.

---

1) Das L. R. spricht im vierten Titel des ersten Theiles von „Willenserklärungen," nicht von „Rechtsgeschäften." Die neuere Doktrin zieht den letzteren Ausdruck mit Recht vor, da er den Inhalt der fraglichen Willenserklärungen bezeichnet. Ueber die verschiedenen Definitionen des Rechtsgeschäftes vergleiche u. A. Windscheid I, §. 69, ferner Karlowa das Rechtsgeschäft und seine Wirkung 1877.

2) Zu eng ist die legale Definition des Vertrages L. R. I, 5 §. 1, nach welcher er wechselseitige Einwilligung zur Erwerbung oder Veräußerung eines Rechtes sein soll.

3) d. h. Geschäfte, welche den Zweck haben, die Verhältnisse unseres Vermögens nach unserem Tode zu ordnen.

4) L. R. I, 5 §. 7 bezeichnet als lästigen Vertrag den, bei welchem die Parteien gegenseitig Verbindlichkeiten übernehmen. Dies ist zu eng, da begreiflich auch solche Geschäfte lästige sind, bei welchen man, um eine Forderung zu erwerben, etwas unmittelbar hingegeben hat, z. B. ein Darlehen ohne vorgängiges pactum de mutuo dando, wobei die vorgestreckte Summe obligandi, nicht solvendi causa gegeben wird.

5) Vgl. Savigny IV, S. 536 ff., Windscheid zur Lehre des code Napoléon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte 1847.

6) Es konnte daher geradezu gezweifelt werden, ob dem römischen Rechte nicht der Begriff der relativen Nichtigkeit völlig fremd sei. Brandis Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. 7 S. 121 ff.

Digitized by Google

gen Personen auf die Nichtigkeit beziehen, welche durch das nichtige Geschäft beschädigt wurden. Es hängt dieser Gegensatz damit zusammen, daß im römischen Rechte vorzugsweise die starre Konsequenz und Logik, bei uns mehr die Rücksicht auf den Nutzen bestimmend ist. Die relative Nichtigkeit benennt das Landrecht wenigstens in der Lehre der Ehe mit besonderem Ausdruck als Ungültigkeit.[7] Im Gegensatze zu der Nichtigkeit liegt eine bloße Entkräftbarkeit des Geschäftes dann vor, wenn das fragliche Geschäft an sich rechtliche Existenz hat, wenn jedoch eine betheiligte Person seiner Wirkung entgegentreten oder deren Beseitigung verlangen kann, wie dies z. B. wegen Mängel der Kaufsache oder beim Widerruf einer Schenkung wegen Uebermaßes oder bei der Anfechtung des Geschäftes eines insolventen Schuldners wegen Verletzung seiner Gläubiger der Fall ist.

Der Unterschied zwischen Nichtigkeit und Entkräftbarkeit ist innerlich in der Struktur der Rechte begründet. Praktisch tritt derselbe insbesondere Dritten gegenüber hervor. So dann, wenn eine Besitzübertragung auf Grund des Geschäftes erfolgt war, da der Uebertragende im Falle der Nichtigkeit des zu Grunde liegenden Geschäftes seine Eigenthumsklage auch gegen dritte Erwerber der Sache behält, hingegen im Falle der bloßen Entkräftbarkeit nur einen persönlichen Anspruch auf Herausgabe oder Schadloshaltung hat. Wenn man weiter die Verschiedenheit auch darin findet, daß die Nichtigkeit von selbst eintritt, die Entkräftung erst in Folge eines Entschlusses des hierzu Berechtigten stattfindet, so ist dieses der Idee nach richtig. Immerhin müssen processualisch auch die aus nichtigen Geschäften erhobenen Prätentionen, falls wenigstens die äußeren Bedingungen, durch welche sich ein Geschäft charakterisirt, vorhanden sind, mittels der Thätigkeit dessen zurückgewiesen werden, welcher bei der Nichtigkeit interessirt ist. Und zwar kann dies einmal so geschehen, daß er sich dem nichtigen Geschäfte gegenüber defensiv verhält, sei es, indem er die aus demselben abgeleitete Klage durch die Einrede der Nichtigkeit zurückweist, sei es, indem er aus dem rechtlichen Fundamente Klage erhebt, welches schon vor dem Geschäftsschlusse bestand, und wenn sich der Verklagte hiergegen einredeweise auf das Geschäft stützt, dasselbe im Wege der Replik als nichtig bekämpft. Dem bei der Nichtigkeit Interessirten ist aber auch, wie nach der gemeinrechtlichen Praxis, gestattet, mittelst der sogenannten Nichtigkeitsklage gegen das Geschäft unmittelbar aggressiv vorzugehen, um durch richterlichen Spruch den Schein eines Anspruches und das Klagerecht des Gegners, welches prima facie besteht, hinwegräumen zu lassen.[8] Die

7) L. R. II, 1 §§. 933. 934. Der Ausdruck ist adoptirt in der Reichscivilproceßordnung §. 592.

8) Gegen die querela nullitatis, wie sie ältere Schriftsteller, z. B. Höpfner Kommentar §§. 344. 525. annehmen, haben sich freilich die neueren romanistischen

Digitized by Google

entzogen seien, ist daher nicht zu vermuthende Ausnahme.[1] Eine solche Entziehung ist bald eine unbedingte, bald eine relative, sie beruht bald auf natürlichen Gründen, bald auf positiver Rechtssatzung.[2]

1) Im modernen Rechte sind dem Privateigenthume absolut entzogen nur solche Objekte, welche aus natürlichen Gründen dazu nicht tauglich sind. Insbesondere sind in ihrem Naturzustande nothwendig herrenlos die athmosphärische Luft, das fließende Wasser, die Meereswogen, wie auch das Meer selbst.[3] Insoweit sich jedoch Einzelne durch Ausscheidung aus der Gesammtmasse, z. B. durch Wasserleitungen, Gasröhren, meßbare Quantitäten ausschließlich angeeignet haben, beginnt wieder das Privateigenthum.

2) Im Gegensatz zu den dem gewöhnlichen Verkehr dienenden Sachen stehen ferner die Objekte, welche unmittelbar den öffentlichen Zwecken bestimmt sind, die sogenannten öffentlichen Sachen. Zu diesen gehören die Sachen, welche unmittelbar den Staatszwecken dienen, wie Festungen, Häfen und Meeresufer,[4] öffentliche Flüsse, Gebäude für öffentliche Anstalten und Behörden, ferner die in gleicher Weise zu kommunalen und Gemeindezwecken bestimmten Objekte, wie Provincial-, Kreis-, Gemeindestraßen, Plätze, Brücken, Brunnen, Gemeindekirchhöfe, öffentliche Anlagen,[5] endlich auch die dem Gottesdienst oder den religiösen Zwecken der ausdrücklich aufgenommenen Religionsgesellschaften gewidmeten Objekte, wie deren Kirchen und Kirchhöfe.[6][7] Da alle diese Gegenstände ihre besondre Rechtsstellung in Folge ihrer Bestimmung für öffentliche Zwecke haben, so verlieren sie dieselbe, wenn sie jener Bestimmung durch einen Willensakt des Staates oder rechtsgiltigen Beschluß der Korporation entzogen werden. Ausdrücklich muß dieser Akt nicht sein, er kann auch durch Handlungen erklärt werden, z. B.

---

1) L. R. I. 8. §. 5. Theile des menschlichen lebenden Körpers sind keine Sachen im Rechtssinne, sondern Organe des beseelten Rechtssubjektes. Sie werden jedoch mit dem Momente des Abschneidens verkehrsfähige Sachen und treten in das Privateigenthum des bisherigen Trägers. Ferner wird der Körper des Menschen mit dessen Tode, da er fortan nicht mehr das leibliche Organ eines Rechtssubjektes bildet, eine verkehrsfähige Sache, so jedoch, daß er dem Rechte und der Sitte gemäß der Regel nach der Bestattung nicht entzogen werden soll. Vergl. Strafgesetzbuch §. 168. §. 367.

2) L. R. I. 8. §. 3 ff., Beseler §. 76, Gerber §. 61.

3) Vergl. L. R. II. 14. §. 21.

4) Nach römischer Anschauung galt auch das Meeresufer als durch die Natur jedem Eigenthume entzogen (res communis omnium), insbesondere also auch nicht als im Eigenthume des römischen Staates stehend; l. 14. pr. D. de a. r. d. 41, 1. Das germanische Recht sieht dagegen das Meeresufer als Eigenthum des Staates an. L. R. II. 15. §. 80.

5) Vergl. Grundsteuergesetz vom 21. Mai 1861 §. 4 sub c.

6) L. R. II. 11. §§. 17. 18. Auch Synagogen sind öffentliche Sachen. Vergl. auch Gebäudesteuergesetz §. 3 sub 4 und 5.

7) Kirchhöfe sollen die Gemeinden auch nach ihrer Schließung ohne Genehmigung der Ressortminister innerhalb der Zeit von 40 Jahren nicht in Verkehr setzen

Digitized by Google

durch solche mit dem Willen des Staates erfolgte Veränderungen, welche die Sache für ihren bisherigen öffentlichen Zweck unbrauchbar machen. Dagegen ist eine physische Veränderung keineswegs erforderlich. Daher tritt z. B. eine Kirche, deren Widmung zum Gottesdienste aufgehoben ist, oder eine Verschanzung, die nicht länger zur Landesvertheidigung bestimmt ist, hiermit auch ohne bauliche Veränderung in das gewöhnliche Privatrecht.

Die öffentlichen Sachen sind nicht etwa herrenlos, so daß der Begriff die Negation jedes Eigenthums in sich schlösse. Vielmehr stehen auch öffentliche Sachen, wie schon nach römischem Rechte [8] anzunehmen ist, nach preußischem Rechte aber nicht bezweifelt werden kann, im Eigenthume des Staates,[9] der Kommune oder der Kirche. Selbst im Eigenthum von Privatpersonen finden sich derartige Sachen nicht selten unvorgreiflich ihrem Dienst für das Allgemeine.[10] Oeffentliche Sachen unterstehen daher den Grundsätzen des Privatrechts, z. B. des Nachbarrechts,[11] unanwendbar sind aber solche Normen, welche die Benutzung der Sache als einer öffentlichen hindern oder aufheben würden; es gilt dies namentlich für den Erwerb des Eigenthums durch Dritte ohne Willen des jetzigen Eigenthümers, z. B. durch Ersitzung [12] oder Inädifikation.

---

nach einem Ministerialrescript vom 28. Januar 1830. Der römische Grundsatz, wonach Begräbnißstätten als solche, auch wenn sie nicht Gemeinden oder Kirchen gehören, sondern von Privaten angelegt wurden, dem Verkehre entzogen sind, gilt bei uns nicht.

8) Für das römische Recht herrscht Streit, indem Manche behaupten, daß die öffentlichen Sachen dort dem Eigenthumsrechte ganz entzogen und nur dem Hoheitsrechte des Staates oder der Gemeinde unterworfen seien. Die Frage wurde neuerdings lebhaft verhandelt bei Gelegenheit eines Rechtsstreites über die Festungswerke der Stadt Basel. Gegen das Staatseigenthum Ihering, Leipzig 1862, — dafür Ättimann, Zürich 1861. Dernburg, Halle 1862; vergl. auch Wappäus: Von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen 1867. Windscheid I. §. 146.

9) L. R. II. 14. §. 21. II. 11. §§. 160. 170. 183. Das Landrecht unterscheidet „gemeines" Eigenthum des Staates und „besonderes." Ersteres sind diejenigen Vermögensrechte, welche unmittelbar auf den allgemeinen Gesetzen beruhen, letzteres Vermögensrechte, welche, wie insbesondere Domainen, durch besondere Rechtsthatsachen erworben sind. Die wichtigsten öffentlichen Sachen gehören zum „gemeinen" Staatseigenthum.

10) So erwähnt Grundsteuergesetz vom 21. Mai 1861 §. 4 sub d Brücken, Kunststraßen, Schienenwege der Eisenbahnen und schiffbare Kanäle, welche mit Genehmigung des Staates von Privatpersonen oder Aktiengesellschaften zum öffentlichen Gebrauch angelegt sind. Es geht ferner durch Schiffbarmachung eines Privatflusses das Recht seiner Eigenthümer, soweit es mit der nunmehrigen Bestimmung des Flusses bestehen kann, nicht verloren. L. R. II. 15. §. 41. Entsch. des O. Trib. Bd. 70 S. 66. — Vergl. noch Striethorst Bd. 95 S. 63.

11) So liegt dem Eigenthümer einer öffentlichen Straße die Erhaltung von Scheidungen ob, wie dem Eigenthümer eines Privatgrundstücks. Entsch. des O. Trib. Bd. 74 S. 192. Auch die Gränzscheidungsklage ist zulässig. Striethorst Bd. 85 S. 192.

12) L. R. I, 9 §. 582, vergl. aber Präj. des Obertribunals 694; siehe unten §. 80 Anm. 4 u. 5.

Digitized by Google

Von dem Charakter als öffentliche Sache ist natürlich die thatsächliche Herrenlosigkeit zu unterscheiden, welche einen momentanen Zustand bezeichnet.[13] Herrenlos sind insbesondere nach deutschem und preußischem Rechte die im Boden lagernden bergmännischen Fossilien,[14] während dieselben nach römischem Rechte dem Eigenthümer des Grund und Bodens gehörten.

---

13) Vergl. jedoch schon jetzt L. R. II. 16. §. 1; auf Sachen, welche in keines Menschen Eigenthume gewesen sind, hat der Staat ein vorzügliches Recht zum Besitze.

14) Berggesetz vom 24. Juni 1865 §. 1.

Digitized by Google

Dritter Abschnitt.

Die Privatrechte in ihrer Entstehung und Endigung.

§. 68. Allgemeines.

Die Begebenheiten, welche die Entstehung sowie die Endigung und die Veränderung von Rechten eines Individuums bewirken, sind theils Produkte seiner eigenen Willensthat, theils treten sie unabhängig von seiner Thätigkeit ein, so daß wir die juristischen Thatsachen theils als subjektive, theils als objektive bezeichnen können. Der ersten Klasse gehören die Rechtsgeschäfte und schuldhaften Handlungen an.

Für das ältere deutsche Recht ist es nun charakteristisch, daß sich die Rechte vorzugsweise durch unveränderlich eingreifende, das Schicksal der Einzelnen unabhängig von deren Willen bestimmende objektive Thatsachen zu gestalten pflegten. Dem ausgebildeten römischen Rechte dagegen war umgekehrt der normale Faktor für rechtliche Veränderungen die eigene Willensthat des betreffenden Rechtssubjektes, so daß beispielsweise der Erbschaftserwerb sich nicht, wie im alten deutschen Rechte von Rechtswegen, sondern erst durch Willensentschluß vollzog, daß die vertragsmäßige Bestellung einer Dos Grundlage des ehelichen Güterrechtes in Rom wurde, während sich die Verhältnisse der Ehegatten nach deutschem Rechte in der Regel unmittelbar durch das Gesetz normirten, daß dem römischen Schuldrechte Reallasten und Realrechte unbekannt waren und daß selbst das Personenrecht in Rom theilweise durch Privatrechtsgeschäfte, insbesondere durch Adoptionen und Emancipationen geregelt zu werden pflegte, was dem deutschen Rechte ursprünglich völlig fremd war. Aus jener Grundrichtung des römischen Rechtes entsprang denn auch die römische Sitte des prätorischen Zwanges zum Kontraktschluß, z. B. zu der cautio damni infecti, statt direkter Auflegung einer Verbindlichkeit durch das Gesetz; endlich erklärt sich aus ihr die römische Theorie des Quasikontraktes und Quasideliktes, durch welche man solche Verpflichtungen, welche ihren Grund in der objektiven Lage der Verhältnisse hatten, wenigstens im Wege der Fiktion auf Vertrag und Delikt zurückführte. Das heutige, insbesondere auch das preußische Recht nimmt eine Mittelstellung ein. Dasselbe hat zwar dem subjektiven Willen der Rechtssubjekte im Gegensatze zum deutschen Rechte des Mittelalters einen sich stetig erweiternden Spielraum

Digitized by Google

gegeben; immerhin haben bei uns die auf der Rechtsordnung unmittelbar fußenden, objektiven Thatsachen eine selbständige rechtsbildende Kraft in einem Umfange behalten, wie ihn das römische Recht nicht kannte.

§. 69. Berechnung der Zeit.[1]

Nach Gesetz oder richterlicher Verfügung oder Parteiwillen ist die Entstehung oder Veränderung von Rechten häufig von der Vollziehung einer Thatsache in einer bestimmten Zeit abhängig, und ebenso die Dauer von Rechtswirkungen an einen Zeitabschnitt gebunden. Es ist daher für die Bemessung der Zeit die Aufstellung von Grundsätzen geboten, welche bei Interpretation solcher Verfügungen anzuwenden sind, falls diejenigen, von denen sie herrühren, keine besondere Meinung hierüber kundgaben.

Jene juristischen Grundsätze haben wiederum mehr oder weniger ihre Quelle in dem, was im Verkehre gang und gäbe ist. Der Verkehr aber achtet bei der Messung der Zeit nicht vorzugsweise auf die doch nur in beschränkter Weise erreichbare mathematische Genauigkeit, vielmehr ist er zufrieden mit einem Ungefähr. Dieser Anschauung gemäß bestimmt das preußische Recht, wie dies die römische Jurisprudenz that, daß der Regel nach nur ganze Tage gezählt werden (gesetzliche oder civile Berechnung), so daß der Tag als kleinste Zeiteintheilung gilt.[2] Hiernach werden Stunden nur dann berücksichtigt, wenn Gesetz oder Vertrag eine Berechnung nach Stunden besonders vorschreiben. Wie aber, wenn im Gesetze oder im Vertrage von 24 Stunden die Rede ist? Ist dies wörtlich zu nehmen oder als volksthümliche Bezeichnung für einen beweglichen Tag zu fassen? Der Regel nach wird das Letztere der Sinn sein. Jedoch kann auch die Meinung sein, daß die Stunden als solche gezählt werden.[3]

Wenn also im Allgemeinen die Berechnung der Zeit im römischen und heutigen Rechte auf dem Systeme der Berechnung nach Tagen fußt, so ist doch die Detailbehandlung in beiden Rechten eine verschiedene. Das Streben der Römer ging nämlich auf möglichste Gleichförmigkeit der Rechnung,

---

1) L. R. I. 3. §. 45 ff. Vergleiche über röm. Recht Bangerow I. §. 196. Savigny IV. S. 297 ff. Beil. XI, Wächter II. §. 117, Unger II. §. 108 ff.

2) L. R. I. 3. § 45, cfr. II. 11. §§. 1088. 1153, ferner l. 134. D. de V. S. 50, 16.

3) Daher betrachtet das Obertribunal die 24 Stunden der gesetzlichen Erklärungsfrist auf eine Offerte in L. R. I. 5. §. 95, cfr. I. 21. §. 345 als einen bürgerlichen Tag, welcher nach Ablauf desjenigen Tages beginnt, in welchen die Offerte fällt. Entsch. d. O. Trib. Bd. 17 S. 152 ff. Dagegen Koch Kommentar zu L. R. I. 3. §. 45. Für Vertragsbestimmungen, z. B. eine vereinbarte Ladefrist von 24 Stunden für ein Schiff gilt das Gleiche R. O. H. G. Bd. 12 S. 127. Bezüglich der Gewähr von Viehmängeln L. R. I. 11. §. 199 nimmt das Obertribunal, Präjudiz 100, die 24 Stunden wörtlich.

Digitized by Google

den Neueren ist Bequemlichkeit und Leichtigkeit der Handhabung von größerer Wichtigkeit. Um jener Gleichförmigkeit willen löste die civile Berechnung der Römer die herkömmlichen Zeitmaße in eine ein für allemal bestimmte Zahl von Tagen auf. Daher behandelte man in Rom das Jahr als eine Summe von 365 Tagen, man betrachtete aber auch, worin sich die Tendenz der Gleichförmigkeit vorzüglich zeigt, eine in Monaten ausgedrückte Zeitbestimmung schlechthin so, als wenn eine entsprechende Zahl von 30. Tagen festgesetzt wäre.[4] Die Bequemlichkeit des heutigen Verkehrs hingegen rechnet nach dem wiederkehrenden Kalendertage. Hiernach vollendet sich eine Monatsfrist bald in 31, bald in 30, bald nur in 28 Tagen. Wenn auch diese Bulgärberechnung im preußischen Rechte nicht durchaus adoptirt wurde, so ist sie doch für Wechsel-, Handels- und Bergwerkssachen[5] und selbst für das Strafrecht[6] die gesetzliche Berechnungsart geworden. Wir werden sie ferner der Intention der Parteien gemäß für vertragsmäßige Monatsfristen jeder Art zur Anwendung zu bringen haben.[7]

§. 70. Fortsetzung. Die civile Rechnung des Landrechts.

Für die Regel hat sich das preußische Landrecht der modernen Rechnung nach dem wiederkehrenden Kalenderdatum nicht angeschlossen. Dasselbe folgt vielmehr bei Berechnung gesetzlicher Fristen insofern der römischen Rechnungsweise, als es das Jahr gleich 365, den Monat gleich 30 Tagen ansetzt.[1]

---

4) Näheres hierüber siehe bei Savigny IV. §. 181. An die Umsetzung aller Zeitmaße in Tage schloß sich die „utile" Berechnung der Römer an, bei welcher diejenigen Tage nicht gezählt wurden, an welchen man eine geforderte Handlung nicht verrichten konnte. Bei uns hingegen wird stets fortlaufend gezählt. Jedoch findet sich eine Art utiler Berechnung bei dem Protest eines Wechsels Mangels Zahlung. Art. 41 der Wechselordnung bestimmt nämlich, „daß dieser Protest spätestens am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage geschehen müsse." Ueber die Auslegung dieser Vorschrift bildeten sich verschiedene Ansichten. Die zur Herrschaft gelangte Meinung aber ist, daß außer dem Zahltage zwei Werktage nöthig sind, so daß z. B., wenn der Wechsel am grünen Donnerstage verfällt, da der Charfreitag ein Feiertag ist, Sonnabend der erste und Osterdienstag der zweite Protesttag ist. Siehe Koch Komm. zu Art. 41 der W. O. Vergl. auch bezüglich der Ladefristen der Seeschiffe unten Bd. 2 §. 204.

5) Diese Berechnung nahm bereits das L. R. für Wechsel an, II, 8. §. 855 ff. Sie ist übergegangen in den Art. 32 der deutschen Wechselordnung, den Art. 328 des deutschen Handelsgesetzbuches und §. 242 des Berggesetzes vom 24. Juni 1865. So auch R. C. P. O. §. 200 Abs. 1.

6) Strafgesetzbuch §. 19 im Gegensatz zu dem früheren preußischen Strafgesetzbuch §. 15.

7) Anders Koch Kommentar zu L. R. I. 3. §. 45.

1) L. R. I. 9. §. 550. Förster Pr. R. I. §. 45 nimmt freilich an, daß sich aus der für einen bestimmten Fall (L. R. I. 9. §. 550) aufgestellten Berechnung nicht schließen lasse, daß der Monat der Regel nach auf 30 Tage zu berechnen sei. Allein jener besonders entschiedene Fall — der Verjährung — ist allgemeiner Natur.

Digitized by Google

Indessen differirt die landrechtliche Zählung von der römischen wiederum darin, daß sie den ersten Tag, in welchen das relevante Ereigniß fällt, nicht mitzählt,[2] wie dies in Rom allerdings geschah.[3] Hierdurch gewinnt die landrechtliche Rechnung wenigstens bei Jahresfristen doch den wiederkehrenden Kalendertag und kommt mit der modernen Vulgärberechnung überein. Während daher bei den Römern eine jährige Frist, welche von einem in den ersten Januar fallenden Ereignisse läuft, sich am folgenden 31. December vollendete, da mit diesem Tage die Zahl von 365 Tagen erfüllt ist, ergiebt die Nichtberücksichtigung des ersten Tages nach landrechtlicher Zählung als Endtermin den folgenden 1. Januar. Bei der Berechnung einer in „acht Tagen" angesetzten Frist kann jedoch diese Zählungsweise nicht eintreten, da der Meinung dieses Ausspruches entsprechend hier vielmehr der erste Tag mitzuzählen ist.[4][5] Dies Alles gilt für vertragsmäßige wie gesetzliche Fristen.

Die Römer behandelten den Schalttag, den 25. Februar, als einen Tag mit dem vorhergehenden 24. Februar.[6] Sie benannten daher beide Tage mit einem und demselben Namen und zählten beide bei Berechnung gesetzlicher Fristen nur als einen Tag.[7] Unserem Verkehr ist diese Behand-

---

2) Das Landrecht bedient sich ohne Unterschied des Ausdruckes „von dem Tage an" und „nach dem Tage." — Einzelanwendungen des Principes geben I. 18. §§. 125. 410, Verordnung vom 5. Mai 1838 §. 9 über Insinuation der richterlichen Erkenntnisse. Vergl. Striethorst Bd. 82 S. 26. R. O. H. G. Bd. 12 S. 129, auch Entsch. d. O. T. Bd. 59 S. 453. Andere Ansicht bei Holländer in Ulrichs Archiv Bd. 11 S. 523 ff. Wie das L. R. berechnen auch die deutsche Wechselordnung Art. 32, das deutsche Handelsgesetzbuch Art. 328 Nr. 1 den ersten Tag nicht.

3) l. 5. D. qui test. facere 28, 1. Wächter II. S. 828. 829 bezeichnet die Nichteinrechnung des ersten Tages als „deutsche" Berechnung. Windscheid wiederum I, §. 103 Anm. 14 will im einzelnen Falle den Willen nach den gebrauchten Ausdrücken ausgelegt haben. Gewiß ist dieser Wille, wenn erkennbar, das Entscheidende. Doch hier handelt es sich darum, wie zu urtheilen ist, wenn derselbe nicht bestimmt ausgesprochen ist, wenn es vielleicht nicht einmal hinsichtlich dieses Punktes zu einem bestimmten und klaren Wollen gekommen ist.

4) So u. A. L. R. I. 9. §. 31. I. 11. §§. 204. 224. 289. Plenarbeschluß des O. Trib. vom 2. Juli 1855. Entsch. Bd. 31 S. 189. Bei Handelsgeschäften jedoch werden unter Fristen von acht oder vierzehn Tagen für die Erfüllung volle acht oder viezehn Tage verstanden nach H. G. B. Art. 328.

5) Die aus dem älteren deutschen Rechte überkommene Bezeichnung von Jahr und Tag faßt das L. R. als die Zeit eines Jahres und eines Monates. L. R. I. 3. §. 49. Das Landrecht schließt sich also nicht der verbreiteten Rechnung des sächsischen Rechtes von 1 Jahr 6 Wochen und 3 Tagen, sondern der lehnrechtlichen an, 1 feud. 22 verb. „ultra annum et mensem."

6) Den 25. Februar weist Mommsen in Bekkers Jahrbuch des gemeinen Rechts III. 14 als den Schalttag der Römer nach, während Andere, insbesondere auch der Kirchenkalender, den 24. als Schalttag nahmen.

7) Aus l. 2 D. div. praescr. 44, 3 ist zu entnehmen, daß wenigstens der römische Jurist Marcellus diesen Satz nicht anwendete bei vertragsmäßigen in Tagen bestimmten Fristen, vielmehr hier auch den Schalttag zählte. Savigny IV. S. 464 ff.

Digitized by Google

lung des Schalttages an sich fremd; der Schalttag — bei uns der 29. Februar — wird vielmehr als selbständiger Tag gezählt. Nur bei Jahresfristen wird er auch nach unserer civilen Berechnung außer Betracht gelassen, wodurch wiederum erreicht wird, daß auch im Falle des Vorkommens von Schaltjahren der wiederkehrende Kalendertag den Zeitabschnitt abschließt.[8]

Als geendigt gilt der zu berechnende Zeitabschnitt erst mit dem Ablaufe des letzten ihm zugehörigen Tages.[9] Ist jedoch die Erwerbung eines Rechts an eine Zeit gebunden, so genügt nach dem Landrechte bereits der Anbruch des letzten Tages. Dies ist ausdrücklich vorgeschrieben für die Berechnung der Volljährigkeit und gilt auch für andere Fristen, welche Rechte an ein bestimmtes Alter knüpfen, so daß die höhere Fähigkeit mit dem Beginne des Geburtstages erworben ist.[10] In diesen Fällen wird also die Ungenauigkeit, welche darin liegt, daß man die 365 Tage des Jahres erst mit dem Tage nach dem Geburtstage zu zählen beginnt, nachträglich kompensirt.

Sonntage, allgemeine Feiertage, in gewissem Maße auch Feiertage des Verpflichteten[11] können die Nichtvornahme einer Rechtshandlung entschuldigen oder auch unthunlich machen. Fällt daher ein Termin auf solche Tage, so verlegt er sich auf den nächsten Werkeltag.[12] Bei einer Frist dagegen werden jene Tage nicht ausgezeichnet, selbst wenn sie die Frist schließen, die fragliche Handlung muß daher am vorhergehenden Wochentage vollzogen werden.[13]

---

8) Hierauf beschränkt sich die Bestimmung von L. R. I, 9 §§. 548. 549.

9) L. R. I, 3 §. 47. I, 9 §. 547.

10) L. R. I, 3 §. 46. I, 5 §. 18. Savigny IV, S. 410 ff. findet dieselbe Regel im römischen Rechte; cfr. u. A. l. 15 D. de div. praescr. 44, 3. l. 6 D. de Obl. et Act. 44, 7.

11) Das L. R. I, 3 §. 48 will den Feiertag des Verpflichteten beachtet haben, neuere Gesetze, z. B. W. O. Art. 92, H. G. B. Art. 329. 330, Reichscivilproceßordnung §. 200 Abs. 2 berücksichtigen nur die Sonntage und die allgemeinen Feiertage, zu welchen z. B. die jüdischen nicht zu rechnen sind, R. O. H. G. Bd. 2 S. 411.

12) L. R. I, 3 §. 48, W. O. Art. 92, H. G. B. Art. 329, A. G. O. I, 8 §. 5. Anders wenn der Termin absichtlich — insbesondre wegen eines Nothfalls — auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag gesetzt ist, vgl. R. C. P. O. §. 193 Abs. 3.

13) So hat das O. Trib. Präj. n. 883 bezüglich der Frist zur Einlegung von Rechtsmitteln erkannt; ebendies bestimmt H. G. B. Art. 330 Abs. 2. Anders W. O. Art. 92. Für die Zukunft hat die R. C. P. O. §. 200 Abs. 2 die Endigung der Proceßfristen nicht folgerecht auf den Ablauf des nächstfolgenden Wochentags verlegt.

Digitized by Google

Erstes Kapitel.

Die Rechtsgeschäfte.

§. 71. Begriff. Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäftes.

Der wichtigste Faktor rechtlicher Veränderungen ist das Rechtsgeschäft, d. h. der Willensakt, welcher die Ordnung der Rechtsverhältnisse der Handelnden zum Zwecke hat.[1] Die Rechtsgeschäfte sind ihrer Form nach entweder einseitige, oder mehrseitige, Verträge,[2] ferner ihrem Zwecke nach bald Geschäfte von Todeswegen,[3] bald solche unter Lebenden, endlich nach ihrem ökonomischen Charakter entweder onerose — lästige —, oder lukrative — wohlthätige.[4]

Was sich als Rechtsgeschäft äußerlich darstellt, kann gleichwohl der beabsichtigten Wirkungskraft entbehren. Der Grund ist nach preußischem wie nach römischem und gemeinem Rechte bald in der Nichtigkeit des Geschäftes, bald in bloßer Entkräftbarkeit zu suchen,[5] wenn auch im Sprachgebrauche des Landrechtes die Verschiedenheit sich nicht scharf ausprägt. Nichtig ist das Geschäft dann, wenn es rechtlich gar nicht zu Stande gekommen ist, so daß nur die äußere Erscheinung eines Rechtsgeschäftes vorliegt. Solche Nichtigkeit war im römischen Rechte der Regel nach absolut, so daß sich Jeder auf dieselbe berufen konnte, ja ursprünglich kannte das römische Recht nur die absolute, keinerlei relative Nichtigkeit.[6] Bei uns hingegen ist die Nichtigkeit sehr häufig nur eine relative, d. h. es können sich nur dieje-

---

1) Das L. R. spricht im vierten Titel des ersten Theiles von „Willenserklärungen," nicht von „Rechtsgeschäften." Die neuere Doktrin zieht den letzteren Ausdruck mit Recht vor, da er den Inhalt der fraglichen Willenserklärungen bezeichnet. Ueber die verschiedenen Definitionen des Rechtsgeschäftes vergleiche u. A. Windscheid I, §. 69, ferner Karlowa das Rechtsgeschäft und seine Wirkung 1877.

2) Zu eng ist die legale Definition des Vertrages L. R. I, 5 §. 1, nach welcher er wechselseitige Einwilligung zur Erwerbung oder Veräußerung eines Rechtes sein soll.

3) d. h. Geschäfte, welche den Zweck haben, die Verhältnisse unseres Vermögens nach unserem Tode zu ordnen.

4) L. R. I, 5 §. 7 bezeichnet als lästigen Vertrag den, bei welchem die Parteien gegenseitig Verbindlichkeiten übernehmen. Dies ist zu eng, da begreiflich auch solche Geschäfte lästige sind, bei welchen man, um eine Forderung zu erwerben, etwas unmittelbar hingegeben hat, z. B. ein Darlehen ohne vorgängiges pactum de mutuo dando, wobei die vorgestreckte Summe obligandi, nicht solvendi causa gegeben wird.

5) Vgl. Savigny IV, S. 536 ff., Windscheid zur Lehre des code Napoléon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte 1847.

6) Es konnte daher geradezu gezweifelt werden, ob dem römischen Rechte nicht der Begriff der relativen Nichtigkeit völlig fremd sei. Brandis Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. 7 S. 121 ff.

Digitized by Google

nigen Personen auf die Nichtigkeit beziehen, welche durch das nichtige Geschäft beschädigt wurden. Es hängt dieser Gegensatz damit zusammen, daß im römischen Rechte vorzugsweise die starre Konsequenz und Logik, bei uns mehr die Rücksicht auf den Nutzen bestimmend ist. Die relative Nichtigkeit benennt das Landrecht wenigstens in der Lehre der Ehe mit besonderem Ausdruck als Ungültigkeit.[7] Im Gegensatze zu der Nichtigkeit liegt eine bloße Entkräftbarkeit des Geschäftes dann vor, wenn das fragliche Geschäft an sich rechtliche Existenz hat, wenn jedoch eine betheiligte Person seiner Wirkung entgegentreten oder deren Beseitigung verlangen kann, wie dies z. B. wegen Mängel der Kaufsache oder beim Widerruf einer Schenkung wegen Uebermaßes oder bei der Anfechtung des Geschäftes eines insolventen Schuldners wegen Verletzung seiner Gläubiger der Fall ist.

Der Unterschied zwischen Nichtigkeit und Entkräftbarkeit ist innerlich in der Struktur der Rechte begründet. Praktisch tritt derselbe insbesondere Dritten gegenüber hervor. So dann, wenn eine Besitzübertragung auf Grund des Geschäftes erfolgt war, da der Uebertragende im Falle der Nichtigkeit des zu Grunde liegenden Geschäftes seine Eigenthumsklage auch gegen dritte Erwerber der Sache behält, hingegen im Falle der bloßen Entkräftbarkeit nur einen persönlichen Anspruch auf Herausgabe oder Schadloshaltung hat. Wenn man weiter die Verschiedenheit auch darin findet, daß die Nichtigkeit von selbst eintritt, die Entkräftung erst in Folge eines Entschlusses des hierzu Berechtigten stattfindet, so ist dieses der Idee nach richtig. Immerhin müssen processualisch auch die aus nichtigen Geschäften erhobenen Prätentionen, falls wenigstens die äußeren Bedingungen, durch welche sich ein Geschäft charakterisirt, vorhanden sind, mittels der Thätigkeit dessen zurückgewiesen werden, welcher bei der Nichtigkeit interessirt ist. Und zwar kann dies einmal so geschehen, daß er sich dem nichtigen Geschäfte gegenüber defensiv verhält, sei es, indem er die aus demselben abgeleitete Klage durch die Einrede der Nichtigkeit zurückweist, sei es, indem er aus dem rechtlichen Fundamente Klage erhebt, welches schon vor dem Geschäftsschlusse bestand, und wenn sich der Verklagte hiergegen einredeweise auf das Geschäft stützt, dasselbe im Wege der Replik als nichtig bekämpft. Dem bei der Nichtigkeit Interessirten ist aber auch, wie nach der gemeinrechtlichen Praxis, gestattet, mittelst der sogenannten Nichtigkeitsklage gegen das Geschäft unmittelbar aggressiv vorzugehen, um durch richterlichen Spruch den Schein eines Anspruches und das Klagerecht des Gegners, welches prima facie besteht, hinwegräumen zu lassen.[8] Die

7) S. R. II, 1 §§. 933. 934. Der Ausdruck ist adoptirt in der Reichscivilproceßordnung §. 592.

8) Gegen die querela nullitatis, wie sie ältere Schriftsteller, z. B. Höpfner Kommentar §§. 344. 525. annehmen, haben sich freilich die neueren romanistischen

Digitized by Google

Beseitigung einer nichtigen Ehe, sowie auch eines rechtskräftigen Urtheiles, ist nur durch besonderes Erkenntniß auf Grund einer Nichtigkeitsklage möglich. [9] [10]

I. Die Handlungsfähigkeit als Voraussetzung des Rechtsgeschäfts.

§. 72. Allgemeines.

Die Handlungsfähigkeit, also die Befähigung, durch eigne Handlungen seine rechtlichen Verhältnisse selbständig zu gestalten, ist ein Bestandtheil der vollen Rechtsfähigkeit des Individuums. Sie kann jedoch fehlen oder beschränkt sein theils aus natürlichen Gründen, theils in Folge socialer Verhältnisse und positiver Rechtsvorschriften.

Aus Gründen der ersten Art sind total unfähig Kinder unter sieben Jahren und in minderem Maße andre Minderjährige, ferner in demselben Umfange wie Minderjährige über sieben Jahre Taube, Stumme und Blinde, welche an Besorgung ihrer Rechtsangelegenheiten gehindert und um deswillen unter Vormundschaft gestellt sind. [1] Auf natürlichem Grunde beruht auch die Unfähigkeit der Geisteskranken, während die Erklärung als Verschwender mehr einen positiven Charakter hat. In Folge ihrer Familienstellung ist die Verpflichtungsfähigkeit der Ehefrauen und Hauskinder beschränkt, Studirende ferner bedürfen zu Verpflichtungen des Konsenses des akademischen Gerichts, [2] auch Militärpersonen, welche nicht zu den Stabsofficieren gehören, sind bei Aufnahme von Kredit an den Konsens ihrer Vorgesetzten gebunden. [3]

Schriftsteller erklärt, da es weder nöthig noch möglich sei, dasjenige, was ohnehin nichtig sei, also nicht bestehe, erst durch Klage umzustoßen. Savigny IV, S. 540. Indessen gibt man doch heutzutage zu, daß eine Klage auf „Anerkennung der Nichtigkeit" durch den Richter, wie hergebracht, so zweckmäßig, ja unter Umständen unentbehrlich ist. Bähr die Anerkennung §. 69. Unger II, §. 91. Inskünftige entscheidet die Frage Reichscivilproceßordnung §. 231.

9) Daher kann sich, wer in nichtiger oder ungültiger Ehe lebt, vor Erwirkung eines rechtskräftigen Erkenntnisses über die Nichtigkeit oder Ungültigkeit nicht mit einem Dritten verheirathen, Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 §. 34, er verfiele sonst in die Strafe der Bigamie, Strafgesetzbuch §. 171.

10) Vgl. Reichscivilproceßordnung §§. 541. 568.

1) L. R. I, 5 §. 24 ff. in Verbindung mit Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 §. 81 unter 3. Die Römer gaben Tauben und Stummen — nicht Blinden Paul. sent. IV, 12 §. 9 — im Bedürfnißfall Kuratoren, wodurch indessen die eigne Handlungsfähigkeit der Gebrechlichen keineswegs beschränkt, sondern nur eine Unterstützung für dieselbe geschaffen wurde, vgl. §. 4 J. de curat. 1, 23, l. 14 §. 7 D. de solut. 46, 3. Blinden und Taubstummen soll übrigens bei gerichtlichen Verhandlungen ein Beistand gegeben werden L. R. II, 18 §. 18, A. G. O. II, 3 §§. 7. 8.

2) L. R. II, 12 §. 99.

3) Vgl. unten Bd. 2 §. 177.

Digitized by Google

Die von einem Handlungsunfähigen abgegebne Rechtserklärung ist bald total nichtig, bald bloß ungültig,[4] bald nur der Art imperfekt, daß sie von dem Konsens des Vorgesetzten des Handelnden abhängig ist.[5] [6] Der Regel nach gewinnt die Handlung dadurch keine Kraft, daß der Disponirende hinterher die früher mangelnde Fähigkeit erwirbt. Es gilt dies auch für einseitige letztwillige Verfügungen. Nach einer besondern Bestimmung des preußischen Rechts sollen jedoch derartige letztwillige Verfügungen in dem Fall konvalesciren, daß die Unfähigkeit auf dem Verbote eines positiven Gesetzes beruht.[7] Die Anerkennung des nichtigen Geschäfts durch den früher Handlungsunfähigen nach Erwerb der Handlungsfähigkeit ist zwar möglich, sie begründet aber nur ein neues Rechtsverhältniß, verlangt die Formen eines neuen Geschäfts, also auch Ausdrücklichkeit und wirkt der Regel nach nicht zurück.[8]

Hat sich der Unfähige fälschlich für geschäftsfähig ausgegeben und den Mitkontrahenten zum Abschluß des Geschäfts verleitet, so ist dasselbe gleichwohl nicht rechtsbeständig. Wie weit dem hierdurch beschädigten andern Theil aber wegen der Verschuldung des Handlungsunfähigen eine Schadensersatzklage zusteht, bemißt sich nach dessen Zurechnungsfähigkeit bezüglich außerkontraktlicher Vergehen.[9]

Von der Handlungsunfähigkeit ist zu unterscheiden der Mangel des Rechts zur Verfügung über das Objekt des Geschäfts, welcher in dem Fehlen des Eigenthums an demselben oder auch in einer Beschränkung, z. B. durch Arrest oder Konkurseröffnung, liegen kann. Ein solcher Mangel der nothwendigen Verfügungsmacht im Augenblick des Abschlusses hindert zwar die Verwirklichung des Geschäfts, so daß nur persönliche Ansprüche des getäuschten Mitkontrahenten auf Schadloshaltung entstehen. Dasselbe konvalescirt jedoch nach preußischem Rechte von selbst,[10] wenn der Disponirende hinterher

---

4) Es gilt dies bezüglich der Ehe von nicht ehemündigen Personen L. R. II, 1 §. 990, Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 §. 36.

5) Vgl. insbesondre unten §. 74.

6) Zahlung Seitens des Unfähigen vor gehobener Unfähigkeit kann der Natur der Sache nach zurückgefordert werden. Hiermit stimmt nicht die Bestimmung von L. R. II, 2 §. 138 bezüglich der Haussöhne.

7) L. R. I, 12 §§. 12. 13.

8) L. R. I, 5 §§. 37. 38. L. R. I, 20 §§. 18. 19, vgl. unten §. 81.

9) L. R. I, 5 §. 32 ff. Gesetz vom 12. Juli 1875 §. 7. Durch dieses Gesetz ist L. R. I, 5 §. 34, wonach der Anspruch nie berücksichtigt werden solle, wenn sich ein Minderjähriger unter 18 Jahren für volljährig ausgab, aufgehoben.

10) L. R. I, 20 §§. 16. 17. 76. 406; es liege denn eine unerlaubte Handlung zu Grunde, L. R. I, 5 §. 50. Ob durch §. 5 des Eigenthumsgesetzes vom 5. Mai 1872 die Konvalescenz von Hypotheken ausgeschlossen ist, darüber vgl. unten §. 319 unter 3.

Digitized by Google

die früher fehlende Dispositionsmacht gewinnt, während das römische Recht das Geschäft in solchem Falle an sich als nichtig ansah und nur zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers mittelst des prätorischen Billigkeitsrechtes helfend einschritt. [11]

§. 73. Besonderes. Alter.

Die Handlungsunfähigkeit wegen mangelnder Altersreife, ferner wegen Wahnsinns und Verschwendung verlangt eingehendere Betrachtung.

Während unentwickelte Rechtszustände sich mit einer einzigen Altersgrenze begnügen, welche die Jahre der Handlungsunfähigkeit von der Zeit der Fähigkeit trennt,[1] berücksichtigt das spätere, feiner gegliederte Recht das stufenweise Fortschreiten der Intelligenz und Willenskraft des Heranwachsenden. Im Anschlusse an das ausgebildete römische unterscheidet auch das preußische Recht die drei Epochen der Kindheit, der Geschlechtsunreife oder Unmündigkeit, endlich der Jugendzeit oder Minderjährigkeit. Im Einzelnen sind aber die römischen Grenzen dieser drei Altersklassen theilweise in unserem Rechte modificirt. Die Kindheit umfaßt, wie bei den Römern,[2] die sieben ersten Lebensjahre; die Unmündigkeit aber[3] unter Fallenlassen des römischen Unterschiedes zwischen Weibern und Männern schlechthin die ersten 14 Lebensjahre; die Minderjährigkeit endlich reicht nach der neuesten Gesetzgebung[4] im Anschlusse an älteres deutsches Recht bis zum 21. Jahre, anstatt der 25 Jahr des römischen und der 24 Jahre des Landrechts.[5] Dies Alles durchgrei-

---

11) Durch exceptio rei venditae et traditae, actio hypothecaria utilis.

1) Das ältere römische Recht schied einzig Pubertät und Impubertät; das ältere deutsche Recht die Mündigkeit und die Unmündigkeit, welche regelmäßig bis zum zwölften Jahre dauerte; schon der Sachsenspiegel I, 42 §. 1 jedoch kannte eine zweite Altersstufe, die Zeit bis zum 21. Jahre.

2) l. 1 §. 2 D. de adm. tut. 26, 7. Die Bestimmung der Kindheit auf sieben Jahre gehört dem römischen Juristenrechte, vielleicht erst Ulpian an.

3) L. R. I, 1. §. 25.

4) Gesetz vom 9. December 1869. Reichsgesetz vom 17. Februar 1875.

5) L. R. I, 1 §. 26. Was die vorlandrechtlichen Zustände anlangt, so galt in den zahlreichen Landestheilen, in welchen das sächsische Recht in Gebrauch war, auf Grund des Sachsenspiegels der 21jährige Termin. Dies auch unter Anderm in der jetzigen Provinz Preußen. In anderen Gebietstheilen, insbesondere in der Mark Brandenburg, war dagegen der 25jährige Termin des römischen Rechtes aufgenommen worden, Vormundschaftsordnung vom 23. Septemper 1718 §. 54, jedoch sollte der Adel nach einem Edikte vom 18. Juli 1746 — mit Ausnahme der Immobilien und Kapitalien nach dem Edikt vom 14. Mai 1749 — schon mit dem 20. Jahre volljährig werden, cont. III, S. 83, IV, S. 152. Hiernach bestimmte noch das Projekt des corp. jur. Frideric. part I, lib. 3 tit. 18 §. 10 die Sache. Im Entwurfe des Gesetzbuches von 1784 Th. 1. III, 6 §§. 7 u. 9 waren dagegen für Bauern, Künstler und Handwerker 21 Jahre, für andere Personen 25 Jahre vorgesehen. Auch gingen die Vorschläge von Carmer im Immediatberichte vom 8. November 1790 auf

Digitized by Google

sind unter Beseitigung jeglicher lokalen Abweichung. Jedoch wird der Regent nach den Hausgesetzen der königlichen Familie, auf Grund der Verfügung der goldenen Bulle[6] über die Volljährigkeit der Kurfürsten, mit dem achtzehnten Jahre volljährig.[7] Wie nach römischem Rechte ist bei allen Altersbestimmungen das vollendete Jahr gemeint.[8] Die erhöhte Berechtigung tritt mit dem Beginne des Geburstages ein.[9]

Wenn auch die praktische Nothwendigkeit das Recht zwingt, bei der Abgrenzung der Handlungsfähigkeit der Heranwachsenden für die Regel mit Durchschnittszahlen zu operiren, so ist es doch im Stande, der voraneilenden Reife einzelner Individuen durch die Großjährigkeitserklärung Rechnung zu tragen. Dies Institut stammt aus dem römischen Rechte. Während aber in Rom die venia aetatis ein Privilegium bildete, welches der römische Kaiser als Regent ertheilte,[10] wurde in Deutschland die Großjährigkeitserklärung eine Maßregel der Rechtsverwaltung, über deren Gewährung das vormundschaftliche Gericht zu befinden hat.[11] Das zuständige Vormundschaftsgericht kann nach jetzigem Recht[12] Personen über achtzehn Jahren für volljährig erklären,[13] wenn sein Ermessen nach vorgegangener Sachprüfung befindet,

---

einen 24jährigen Zeitraum für den Adel, einen 21jährigen für Nichtadelige. Durch Kabinetsordre vom 5. November 1790 wurde indeß jenen Vorschlägen zuwider die Volljährigkeit allgemein auf das 24. Jahr gesetzt. Suarez in Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 1. Dabei erhielten sich zunächst die provinzialrechtlichen Bestimmungen über die Volljährigkeit, insbesondere die provinzielle 21jährige Volljährigkeit, bis die Kabinetsordre vom 16. Juni 1806 die landrechtliche Altersgrenze zur allgemeinen Norm mit Beseitigung provinzialrechtlicher Abweichungen machte. Das besondere Recht über die Volljährigkeit der Juden, welche mit dem 20. Jahre eintrat, L. R. Anh. §. 3 zu I, 1 §. 25, wurde letztlich durch §. 1 des Gesetzes vom 23. Juli 1847 beseitigt.

6) Die goldene Bulle cap. 7 §. 4 hatte übrigens nicht den Zweck, die Mündigkeit für die Kurfürsten früher, als sonst gewöhnlich, herbeizuführen, vielmehr im Gegentheile sie auf das achtzehnte Jahr hinauszuschieben.

7) Aehnliches gilt auch nach den Hausgesetzen der früheren Reichsunmittelbaren, denen eine autonome Kraft in Preußen beiwohnt, vgl. oben §. 29 Anm. 4. Die betreffenden Bestimmungen sind als Specialrecht auch durch das Volljährigkeitsgesetz vom 9. December 1869 und wohl auch durch das Reichsgesetz nicht aufgehoben.

8) L. R. I, 4 §§. 20. 21.

9) Die Berechnung ist natürlich die civile, L. R. I, 5 §. 18, die besondere auf übertriebener Billigkeit beruhende Berechnung der Minderjährigkeit a momento ad momentum von Ulpian in l. 3 §. 3 D. de min. 4, 4 hat für uns keine Bedeutung.

10) Tit. Cod. de his qui veniam aetatis 2, 45.

11) Kraut Vormundschaftsrecht Bd. 2 S. 87 ff., S. 169 Anm. 14 u. 15. L. R. II, 18 §. 713 ff.

12) Das Verhältniß ist derzeit geregelt durch die Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 §. 61 Abs. 2, §. 97 Abs. 1. Vgl. Dernburg Vormundschaftsrecht §. 45, 2. Aufl. S. 116.

13) V. O. §. 61. Das gemeine Recht und das L. R. hatten für Weiber das achtzehnte, für Männer das zwanzigste Jahr als Minimalgränze angenommen l. 2 C. de his qui veniam 2, 45. L. R. II, 18 §. 719.

Digitized by Google

daß der Minderjährige die Reife hat, seinen Geschäften umsichtig vorzustehen.[14] Die Großjährigkeitserklärung ist an die Einwilligung des Minderjährigen und, wenn es sich um ein Hauskind handelt, an die Einwilligung des Hausvaters gebunden. Sie vollendet sich mit Zustellung des Beschlusses des Vormundschaftsgerichts über die Großjährigkeitserklärung an den bisher Minderjährigen.[15] Die für großjährig Erklärten haben die Rechte der Großjährigen unbeschränkt und unbeschränkbar.[16] Rechte, welche an die Vollendung des einundzwanzigsten Jahres als solchen geknüpft sind, haben sie nicht.[17]

Eine Verlängerung der Minderjährigkeit durch Anordnung des Vaters, wie sie das Landrecht kannte, ist nicht mehr zulässig.[18]

§. 74. Fortsetzung. Abstufungen der Handlungsfähigkeit.

Schon das gemeine Recht hat die römischen Rechtsbestimmungen über die Handlungsfähigkeit der Minderjährigen wesentlich modificirt, indem es die mündigen den unmündigen Minderjährigen in wichtigen Beziehungen gleichstellte; weitere Abänderungen traf das preußische Recht, wenn auch die römische Grundlage nicht ganz verlassen ist.

Kinder, also Minderjährige, welche das siebente Lebensjahr noch nicht vollendet haben, sind wie nach römischem Rechte zur Annahme von Rechtsgeschäften unfähig, mögen sie vortheilhaft oder nachtheilig sein, da ihnen die

---

14) An die Entlassung aus der Gewalt durch gerichtlich verlautbarte Erklärung des Vaters knüpft sich nicht mehr wie nach L. R. II, 2 §. 216 die Großjährigkeit.

15) So Präjudiz des O. Trib. n. 1274, R. O. H. G. Bd. 6 S. 317 ff.; über römisches Recht vgl. l. 5 C. de tempor. in integr. rest. 2, 53.

16) B. O. §. 98 Abs. 1. Nach römischem Recht blieb bekanntlich den für großjährig Erklärten die Veräußerung der Immobilien verloren, l. 3 C. de his qui veniam aetatis 2, 45. Nach L. R. II, 18 §. 725 konnte das Gericht wegen Veräußerung oder Verpfändung der Immobilien eine Einschränkung beifügen, welche aber zu voller Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung im Hypothekenbuche bedurfte. Beides ist weggefallen.

17) Wenn B. O. §. 98 Abs. 1 — ähnlich wie wie L. R. II, 18 §. 724 — erklärt: „die für großjährig Erklärten haben alle Rechte der Großjährigen," so wird hiermit nichts darüber bestimmt, ob der Großjährigegesprochne solche Zuwendungen in Anspruch nehmen kann, welche durch Vertrag oder letztwillige Verfügung an das Alter der Großjährigkeit geknüpft sind. Es ist dies vielmehr Frage der Interpretation des Geschäfts. Justinian hat die Frage schlechthin verneint l. 4 C. de his qui veniam aetatis 2, 45, doch ist die Verneinung keineswegs schlechthin zutreffend.

18) L. R. II, 18 §§. 698—704 gestattete dem Vater eine Verlängerung um höchstens sechs Jahre; dem römischen und gemeinen Recht war eine derartige Verlängerung unbekannt. Sie ist mit dem Inkrafttreten der Vormundschaftsordnung nach §. 61 Abs. 1 weggefallen. Vgl. Dernburg Vormundschaftsrecht §. 88 2te Auflage S. 231.

Digitized by Google

Einsicht in die Bedeutung solcher Akte noch verschlossen ist.[1] Schenkungen kann aber nach Landrecht jeder Dritte für das Kind annehmen.[2]

Mündige Minderjährige haben das Recht, ihr religiöses Bekenntniß selbst zu bestimmen;[3] sie sind ferner zu einseitigen letztwilligen Verfügungen befugt.[4 5] Ehefähig wird man aber nach jetzigem deutschen Recht nicht, wie nach römischem und kanonischem Recht mit dem Alter der Mündigkeit, vielmehr tritt die Ehemündigkeit des männlichen Geschlechts erst mit dem zwanzigsten Lebensjahre, die des weiblichen Geschlechts mit dem sechszehnten Lebensjahre ein. Dispensation ist zulässig.[6] In einigen besondern Beziehungen ist das achtzehnte Jahr von Erheblichkeit.[7]

Mündige wie unmündige Minderjährige, welche keiner väterlichen Gewalt unterstehen, sind gleichmäßig nach preußischem wie nach gemeinem Recht unter Vormundschaft zu stellen.[8] Die Handlungsfähigkeit der Minderjährigen über sieben Jahre ist bezüglich der Vermögensgeschäfte unter Lebenden die gleiche;[9]

---

1) L. R. I, 4 §. 20. Gesetz betreffend die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger vom 12. Juli 1875 §. 1, vgl. l. 1 §. 13 D. de obl. et art. 44, 7.

2) L. R. I, 11 §. 1060 gebaut auf l. 3 C. de poss. 7, 32.

3) L. R. II, 2 §. 84, vgl. auch II, 2 §. 111.

4) L. R. I, 12 §. 16. l. 5 D. qui testamenta facere possunt 28, 1.

5) Nach A. G. O. I, 10 §. 230 n. 13 tritt die Eidesmündigkeit mit dem vierzehnten Jahre, nach den Reichsjustizgesetzen mit dem sechszehnten Jahre ein. C. P. O. §§. 358. 435. St. P. O. §. 56 unter 1.

6) Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 §. 28. Das L. R. II, 1 §. 37 hatte die Ehemündigkeit bei Weibern mit dem vierzehnten, bei Männern mit dem achtzehnten Jahre eintreten lassen. Eheliche Kinder bedürfen zur Eheschließung, so lange der Sohn das fünfundzwanzigste, die Tochter das vierundzwanzigste Jahr nicht vollendet haben, der Einwilligung des Vaters, vaterlose und uneheliche Kinder der der Mutter. Außerdem bedarf es der Zustimmung des Vormundes in gleicher Weise. Citirtes Gesetz §§. 29. 30.

7) Die s. g. plena pubertas der Römer L. R. I, 1 §. 20, I, 12 §. 17. B. O. §. 55 Abs. 3 — vgl. L. R. II, 18 §§. 244. 560 — B. O. §. 61 siehe oben §. 73.

8) Nach römischem Recht hatten bekanntlich nur die Unmündigen nothwendigerweise Tutoren, die Minderjährigen wurden nur veranlaßt sich einen solchen in Fällen des Bedürfnisses zu erbitten, §. 2 J. de curat. 1, 23. l. 13 §. 2 D. de tut. et cur. 26, 5. Die Reichspolizeiordnung aber von 1548 Tit. 31 §. 1 forderte, daß alle Minderjährigen von Amtswegen unter Vormundschaft gestellt wurden. Die Unmündigen waren verpflichtungsunfähig, die Minderjährigen waren grundsätzlich auf die restitutio in integrum verwiesen. Inwieweit nach römischem Rechte Minderjährige unter Vormundschaft sich ohne Zustimmung ihres Kurators verpflichten konnten, ist eine Streitfrage, deren Lösung wohl nur auf historischem Wege gelingen kann. Vergleiche l. 101 D. de. V. O. 45, 1 für die klassische Zeit und l. 3 C. de in integrum rest. minorum 2, 22 für den Rechtszustand der Zeit Diokletians. Die Gleichstellung der mündigen und unmündigen Minderjährigen bezüglich der Geschäfte unter Lebenden war im gemeinen Recht früher herrschende Meinung, Glück Bd. 30 S. 54, neuerdings hat das reine römische Recht in der Theorie überwiegend Vertretung. Windscheid Bd. I. §. 71, insbesondre Anm. 9.

9) Einen besondern Schutz haben die Minderjährigen in Folge des Strafgesetzbuchs §§. 301. 302, die sich anlehnten an das Preußische Gesetz über das unerlaubte

Digitized by Google

nähere Bestimmungen giebt das für die ganze Monarchie erlaßne Gesetz über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger vom 12. Juli 1875. Demgemäß sind Minderjährige über sieben Jahre fähig, durch Geschäfte, bei welchen sie kein Aequivalent aufzugeben haben, zu erwerben und sich von Verbindlichkeiten zu befreien, auch konservatorische Maßnahmen ergreifen sie rechtsgültig, z. B. Protestationen gegen eine Klagenverjährung. Dagegen können sie Rechtsgeschäfte, mittels deren sie Verbindlichkeiten übernehmen, oder Rechte aufgeben, nur mit Genehmigung ihres Vorgesetzten, des Vaters, Vormundes oder Pflegers vornehmen.[10] Die Genehmigung kann formlos sein, dem Abschluß des Geschäfts vorgehen oder ihm nachfolgen, eine allgemeine Ermächtigung zu Rechtshandlungen ist jedoch unzulässig, da hierin eine unstatthafte Uebertragung der Rechte Großjähriger auf einen Minderjährigen liegen würde. Die nachfolgende Genehmigung des Vorgesetzten gibt dem Geschäft rückwärts hin vom Augenblick des Abschlusses an Geltung. Die Genehmigung kann nicht zu solchen Geschäften gültigerweise ertheilt werden, deren Vornahme dem Genehmigenden selbst zustände. Die Genehmigung des Vorgesetzten wird dadurch ersetzt, daß der Minderjährige selbst das Geschäft nach erlangter Selbständigkeit anerkennt.[11]

Es kann dem Minderjährigen vom Vater oder unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vom Vormund der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäfts verstattet werden; er ist dann zur selbständigen Vornahme derjenigen Handlungen befugt, welche der Betrieb des Geschäfts mit sich bringt.[12] Hat der Vater oder Vormund seine Genehmigung dazu ertheilt, daß der Minderjährige in Dienst oder Arbeit trete, so ist Letzterer selbständig zur Eingehung und Auflösung von Dienst- oder Arbeitsverhältnissen der genehmigten Art befugt.[13]

Die juristische Behandlung zweiseitiger von Minderjährigen ohne Genehmigung abgeschlossener Geschäfte ist eine andre, als sie bei den entsprechenden Geschäften nach römischem Rechte war. Diese Verschiedenheit ist begründet in einer abweichenden Grundauffassung des zweiseitigen Geschäfts. Nach römischem Rechte entsprangen aus solchen Geschäften gegenseitige, aber grund-

---

Kreditgeben an Minderjährige vom 2. März 1857. Mit öffentlicher Strafe wird hiernach belegt, wer in gewinnsüchtiger Absicht unter Benutzung des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Minderjährigen sich Zahlungsversprechen ausstellen läßt, schwerere Strafe ist angedroht, wenn das Ehrenwort, eidliche Versicherung und dergleichen in Anspruch genommen ist.

10) Gesetz über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger §. 2, vgl. Dernburg Vormundschaftsrecht S. 108.

11) Citirtes Gesetz §. 3, Dernburg S. 111.

12) Citirtes Gesetz §. 5, vgl. L. R. I, 5 §. 20. Dernburg a. a. O. S. 114.

13) Citirtes Gesetz §. 6, vgl. L. R. I, 5 §. 21. Dernburg a. a. O. S. 116.

Digitized by Google

sätzlich selbständige Forderungen. Daher erwarb der Unmündige, welcher ein zweiseitiges Geschäft ohne Genehmigung seines Vormundes schloß, seinerseits die für ihn sich ergebende Forderung, da er sich berechtigen konnte, und übernahm gleichwohl die entsprechende Gegenverbindlichkeit nicht, da er sich nicht zu verpflichten im Stande war.[14] Nach preußischem Recht kann das zweiseitige Geschäft nur beidseitig gültig werden und kommt vorher nicht zu Stande;[15] das von dem Minderjährigen ohne Genehmigung eingegangne Geschäft ist daher bis zur Ertheilung derselben noch nicht fertig, der Mitkontrahent ist aber so lange gebunden, bis sich die Frage der Genehmigung erledigt hat.[16] Nach a. L. R. konnte der Mitkontrahent dem Vorgesetzten des Minderjährigen eine angemeßne Frist zur Erklärung über die Genehmigung oder deren Verweigerung setzen. Das Gesetz über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger hat vorbehaltlich anderweiter Verabredung die Frist auf zwei Wochen von der ergangnen Aufforderung Seitens des Mitkontrahenten festgestellt.[17] Nichterklärung während der Frist gilt als Ablehnung.

Wegen ihrer Delikte sind Minderjährige je nach ihrer Zurechnung haftbar, schlechthin treten sie in gesetzliche Obligationen, z. B. in Alimentensachen.

§. 75. Wahnsinn und Blödsinn.

Die verschiedenen Formen der Geisteskrankheiten als Melancholie, Manie, Sinnlosigkeit kommen für die Handlungsfähigkeit einzig durch das gemeinsame negative Moment der Störung von Einsicht und Willen in Betracht; daher ist vom rechtlichen Standpunkte aus nur zu unterscheiden zwischen völliger Entziehung des Vernunftgebrauches und abnormer Beschränkung oder Verwirrung der Einsicht. Den ersten Zustand nennt das Landrecht Wahnsinn, den zweiten Blödsinn.[1]

---

14) pr. J. de auct. tut. 1, 21. l. 13 §. 29 D. de a. emti 19, 1, vgl. Dernburg Kompensation 2. Aufl. S. 71 ff.

15) Vgl. L. R. I, 5 §. 11 ff. Dieselben Grundsätze sind anwendbar auf Verträge, welche eine Ehefrau ohne Konsens ihres Ehemannes schloß, sowie auch auf andre hinkende Verträge.

16) Kann das Geschäft vor dem Antrage an den Vormund unter Zustimmung des Minderjährigen wieder aufgehoben werden? Dies ist nach juristischer Logik zu verneinen, da immerhin ein wenn auch nicht perfekter Anspruch erworben ist, welchen der Minderjährige allein nicht aufgeben kann. Anders aber Präjudiz des Obertribunals Nr. 1862.

17) Gesetz über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger §. 4.

1) L. R. I, 1. §§. 27 u. 28: „Rasende und Wahnsinnige heißen diejenigen, welche des Vernunftgebrauches gänzlich beraubt sind. Menschen, welchen das Vermögen, die Folgen ihrer Handlungen zu überlegen, ermangelt, werden blödsinnig genannt." Der legale Sprachgebrauch sucht also den Gegensatz zwischen Wahnsinn und Blödsinn in der gänzlichen oder der theilweisen Verdunkelung der Vernunft; der gewöhnliche

Digitized by Google

Der Wahnsinn vernichtet die Handlungsfähigkeit schlechthin,[2] womit indessen die Fähigkeit, in lichten Augenblicken zu handeln, nicht ausgeschlossen ist;[3] der Blödsinnige ist soweit handlungsfähig, als seine Einsicht reicht.[4] Ist aber der Wahnsinnige oder Blödsinnige einmal gerichtlich interdicirt, so treten nach unserm positiven preußischen Rechte wesentliche Veränderungen ein. Der Blödsinnige insbesondere steht fortan dem Unmündigen gleich, so daß er von jetzt an die Fähigkeit zu Veräußerungen und Verpflichtungen entbehrt.[5] Ferner wirkt die Wahnsinnig- und Blödsinnigkeitserklärung der Art, daß von ihr an auf lichte Augenblicke keine Rücksicht mehr genommen wird und selbst vollständige Wiederherstellung nicht in Betracht kommt, ehe die gerichtliche Aufhebung der Interdiktion erfolgt ist.[6]

Für die Interdiktion ist das Gericht, bei welchem der Geisteskranke seinen allgemeinen persönlichen Gerichtsstand hat, ausschließlich zuständig.[7] Der Antrag kann vom Ehegatten, von Verwandten, einem Vertragserben

---

und medicinische Sprachgebrauch bezeichnet als „Wahnsinnige" auch diejenigen Personen, welche an Wahnvorstellungen leiden, die ihnen im Uebrigen den Vernunftgebrauch nicht entziehen. Vergl. noch L. R. I, 4. §§. 23—27. A. G. O. I, 38. §§. 1—8. Von Geisteskrankheit spricht R. C. P. O. §. 593.

2) Der Wahnsinn hebt nur die Handlungsfähigkeit des Wahnsinnigen, nicht dessen Rechte auf. Hieraus zog das römische Recht die Konsequenz, daß sich auch die väterliche Gewalt des Wahnsinnigen über seine Kinder erhalte, l. 8. D. de his, qui sui 1, 6. Bei uns hingegen L. R. II, 2. §. 261 ruht während der Geisteskrankheit des Vaters die väterliche Gewalt, da wir dieselbe als eine Art vormundschaftlicher Administration auffassen, für welche die Handlungsfähigkeit des Vaters ein nothwendiges Element ist.

3) L. R. I, 4. §§. 24. 25. l. 2. C. de contr. emtione 4, 38.

4) Für die Blödsinnigen bestimmt L. R. I, 4. §. 27: „Wenn auch der Blödsinnige noch nicht unter Vormundschaft gesetzt ist, so gilt doch die Vermuthung, daß derjenige betrügerisch gehandelt habe, welcher durch die Willenserklärung mit dem Schaden desselben sich zu bereichern sucht." Die Tragweite dieser Bestimmung ist dunkel und die Auffassungen derselben sind sehr getheilt. Daß bei derselben an die Zeit des bereits schwebenden Interdiktionsprocesses gedacht sei, wie Manche annehmen, ist nicht richtig. Die Vorschrift erklärt sich wohl folgendergestalt. Der Nachweis, daß ein Geschäft, welches ein noch nicht bevormundeter Blödsinniger abschloß, dessen Einsicht überschritt, wie dies zu dessen Anfechtung grundsätzlich erforderlich wäre, ist begreiflich häufig ein schwieriger. Um ihn oder seinen Vertreter nun dieses Beweises zu überheben, soll der Nachweis genügen, daß sich der andere Theil auf seine Kosten bereichert hat, indem hieraus die Präsumtion entnommen wird, daß der Andere die geschwächte Verstandeskraft des Blödsinnigen benutzte. Nachgewiesen werden muß daher, damit diese Vermuthung eintrete, Blödsinnigkeit im Momente des Geschäftsschlusses, nicht nachgewiesen muß werden Grad und Umfang des Blödsinnes. Vgl. verschiedene Auffassungen bei Koch Komm. zu I, 4. §. 27.

5) L. R. I, 4. §. 26.

6) L. R. I, 4. §. 25. I, 12. §. 21. Das römische Recht hingegen hat umgekehrt auch den für wahnsinnig Erklärten als handlungsfähig in lichten Zwischenräumen angesehen, so daß während dieser Zeit die Kuratel von selbst ruhte, l. 6. C. de curat. furiosi 5, 70.

7) A. G. O. I, 38. §. 3. Reichscivilproceßordnung §. 594.

Digitized by Google

und dem Vormund des Geisteskranken, wie auch von Staatswegen durch einen fiskalischen Beamten gestellt werden.[8] [9] Das Verfahren ist wesentlich von dem gemeinrechtlichen verschieden. Nach gemeinem Recht wird in den Formen der freiwilligen Gerichtsbarkeit verhandelt und durch Beschluß entschieden, nach preußischem Recht bedarf es eines Civilprocesses und eines förmlichen rechtskräftigen Erkenntnisses.[10] Ist daher der Antrag durch bestimmte, denselben nach richterlichem Ermessen begründende Thatsachen bescheinigt, so ist dem Provokaten ein Proceßkurator zu bestellen, welcher die Vertheidigung für ihn führt und eine zweiseitige Verhandlung ermöglicht.[11] Die Reichscivilproceßordnung[12] schlägt einen Mittelweg ein. Die Verhandlung soll auf Antrag beim Amtsgericht geschehen, ohne daß die Formen des Processes einzuhalten sind, und es soll die Entmündigung durch dessen Beschluß erfolgen, gegen welchen Beschwerde zusteht. Der Beschluß kann aber im Wege der Klage beim Landgericht angefochten werden. Die Wiederaufhebung der Interdiktion geschieht nach dem jetzigen preußischen Recht durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts,[13] nach der Reichscivilproceßordnung soll sie durch Beschluß des Amtsgerichts eintreten, gegen welchen Beschwerde zulässig ist und Anfechtungsklage stattfindet.[14]

---

8) A. G. O. I, 38. §. 2. vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 38. S. 398. Die Reichscivilproceßordnung bezeichnet im §. 595 statt des fiskalischen Beamten den Staatsanwalt.

9) Der nächste Zweck der Interdiktion ist Feststellung der Handlungsunfähigkeit, die Einleitung einer Vormundschaft ist nur deren Konsequenz. Daher ist auch hinsichtlich solcher Personen, welche unter Altersvormundschaft oder ehemännlicher oder väterlicher Gewalt stehen und daher eines curator furiosi nicht bedürfen, das Interdiktionsverfahren zulässig.

10) A. G. O. I. 38. §. 8. Es ist bemerkenswerth, daß in Rom besondere Regeln über das Verfahren bei der Bevormundung von Wahnsinnigen nicht aufgestellt wurden. Man verließ sich wohl mehr auf die Notorietät, welche in dem engen Verbande der Bürger größer war als heutzutage, sowie auf die Publicität der prätorischen Verhandlung.

11) Gegen das die Interdiktion aussprechende Erkenntniß, welches jedoch als Interimistikum gilt, stehen zwar nicht dem Provokaten selbst, wohl aber dessen Kurator Rechtsmittel offen; dagegen wird bestimmt, daß die Verwandten Rechtsmittel gegen ein ihren Antrag abweisendes Urtheil nicht einlegen können. A. G. O. I. 38. §. 8. Dies erstreckt sich nicht auf den Fiskalanwalt, welcher die Interdiktion beantragte und mit jenem Antrage abgewiesen wurde. So auch Obertribunals-Präjudiz 2707 unter Aufhebung des entgegengesetzten Präjudizes 1909.

12) Reichscivilproceßordnung §. 597 ff.

13) L. R. II, 18. §§. 815—818. Im Falle des Widerspruches eines Verwandten dürften die Bestimmungen von A. G. O. I. 38. §. 40 analoge Anwendung finden und eine Entscheidung des Proceßgerichts nothwendig werden. Will man diese Analogie nicht anwenden, so bleibt es den Verwandten gleichwohl unverwehrt, sofort wieder im Proceßwege auf Interdiktion anzutragen, da das vormundschaftliche Dekret dem nicht entgegenstehen kann.

14) Reichscivilproceßordnung §. 616 ff.

Digitized by Google

Während des Verfahrens liegt dem Richter die Sorge für die Sicherstellung des Vermögens ob.[15]

§. 76. Verschwendung.

Schon das römische Recht[1] suchte bekanntlich ein Gegengewicht gegen die weitgezogene privatrechtliche Selbständigkeit der Individuen in der Interdiktion der Verschwender, d. h. der Personen, welche ihre privatrechtliche Freiheit offenbar durch unverständiges Verthun ihres Vermögens mißbrauchen.[2] Das Landrecht aber geht weiter als das römische Vorbild. Das römische Recht entzog nämlich dem interdicirten Verschwender nur die Verwaltung seines Vermögens, das preußische Recht stellt den erklärten Verschwender[3] auch persönlich unter die Gewalt des Vormundes, welcher denselben sogar durch Zwangsmittel zu solidem Leben und Arbeit anhalten soll.[4 5] Die Entziehung der vermögensrechtlichen Handlungsfähigkeit ist indessen auch bei uns, wie nach römischem Rechte, dem Zwecke der Interdiktion gemäß nicht absolut, hindert vielmehr den Interdicirten nur wie einen Minderjährigen über sieben Jahre an der Vornahme verpflichtender Akte und an Veräußerungen,[6] nicht am Erwerb von Vortheilen.[7] Auch werden Verschwender begreiflich,

---

15) Anh. §. 284 zu A. G. O. I. 38. §. 5. Das Gericht hat also für arrestatorische Vermerke im Grundbuche, Ablieferung der Werthpapiere ins Depositorium zu sorgen. Hat der Provokat Bevollmächtigte ernannt, so ist es je nach Lage der Umstände berechtigt und verpflichtet, die Vollmacht zurückzunehmen u. s. f.

1) Freilich hat nicht, wie man dies immer noch nach dem Anscheine von l. 1. D. de cur. 27, 10 lehrt, die Gesetzgebung der zwölf Tafeln selbst die Beschränkung der Rechtsfähigkeit der Verschwender eingeführt, sondern erst die spätere Interpretation der 12 Tafeln (vergl. auch Paul. sent. III. 4ª §. 7), welche die Verschwender nach Analogie der Wahnsinnigen behandelte.

2) Verschwender ist, wer sein Vermögen — ererbtes oder selbsterworbenes —, aber nicht wer bloß die Zinsen verthut, vgl. L. R. I, 1. §. 30. l. 12. §. 2. D. de tut. 26, 5.

3) Gewisse Rechtswirkungen knüpfen sich an verschwenderisches Leben als solches ohne Rücksicht auf Interdiktion. So das Recht zur Versagung des Ehekonsenses L. R. II. 1. §. 62, zum Antrage auf Scheidung einer Ehe II, 1. §. 711, zur Exheredation bona mente II. 2. §. 420.

4) L. R. II, 18. §§. 349. 350. Doch kommt dies praktisch nicht leicht mehr vor; die ältere Praxis bestrafte Verschwender geradezu mit halbjähriger bis jähriger Einsperrung. Die Erklärung als Verschwender entzieht auch die väterliche Gewalt L. R. II, 2. §. 256, ja nach L. R. II, 18. §. 312 sogar den eigenen Betrieb bürgerlicher Gewerbe, was antiquirt ist.

5) L. R. II, 1. §. 55, wonach der Vormund auch das Recht des Konsenses zur Ehe des bevormundeten Verschwenders hatte, ist in Folge des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 §§. 29. 30 weggefallen.

6) L. R. I, 1. §. 31. cfr. l. 6. D. de V. O. 45, 1. Ueber die Beschränkung der Testirfähigkeit vergl. vorläufig L. R. I, 12. §. 27 ff. Der Verschwender ist auch unfähig zur selbständigen Führung von Processen R. O. H. G. Bd. 14 S. 353.

7) Auch die Interdiktion wegen Verschwendung hat zum nächsten Zwecke Beschränkung der mißbrauchten Handlungsfähigkeit, die Errichtung einer Vormund-

Digitized by Google

wie die Minderjährigen, durch Delikte und gesetzliche Obligationen verpflichtet; daher haften sie auch dem Mitkontrahenten für Schadensersatz, wenn sie sich wider besseres Wissen bei einem Kontraktsschlusse für vollberechtigt ausgaben.[8]

Für die Vornahme der Interdiktion wegen Verschwendung gelten im Allgemeinen dieselben Rechtssätze, wie für die Interdiktion wegen Geisteskrankheit.[9] Der Verschwender ist aber ungleich dem Geisteskranken im Interdiktionsprocess selbst Processpartei, daher zu Geständnissen und Anerkennungen berechtigt und den Folgen seiner Kontumaz unterworfen.[10] Nach der Reichscivilprocessordnung erfolgt auch die Entmündigung des Verschwenders nicht mehr durch Erkenntniß, sondern durch einen Beschluß des Amtsgerichts, gegen welchen Beschwerde und eine Anfechtungsklage offen steht.

Die Beschränkung der Handlungsfähigkeit des Verschwenders ist als positive Maßnahme erst die Folge der Interdiktionserklärung, vorher geschloßne Geschäfte bleiben daher gültig, auch wenn sie verschwenderischer Art waren und die Interdiktion motivirten. Schon die Einleitung des Verfahrens aber hat die Anfechtbarkeit nachher eingegangner Verträge gegenüber Allen, welche Kenntniß davon erhalten hatten, zur Folge.[11] Auch kann der Richter während des Processes interimistische Verfügungen treffen, um fernerem Vermögensverfall vorzubeugen.[12] Die Entmündigungserklärung wirkt gegenüber

---

schaft knüpft sich im Bedürfnißfalle an, ist aber nicht Hauptzweck. Daher können auch bevormundete Minderjährige — deren testamenti factio hierdurch beschränkt wird — desgleichen Personen in väterlicher Gewalt interdicirt werden, während in solchen Fällen eine Vormundschaft wegen Verschwendung nicht Platz greift.

8) L. R. I, 5. §. 33. oben §. 72 Anm. 7.

9) A. G. O. I, 38. §. 9ff. Reichscivil proceßordnung §. 621 ff.

10) A. G. O. I, 38. §. 18. Diese Bestimmungen sind mit dem Verfahren der Reichscivilproceßordnung nicht vereinbar.

11) L. R. I, 5. §. 16; vergl. außerdem L. R. I, 12. §§. 32. 33. Stirbt der Provokat während des Interdiktionsverfahrens, so fällt diese Anfechtbarkeit weg. Die bloße Wahrscheinlichkeit, daß es zur Interdiktion gekommen wäre, wenn der Angeklagte nicht gestorben wäre, kann dieselbe nicht erhalten. Denn ihr Zweck ist, der Vereitelung der Wirkung des Interdiktionserkenntnisses entgegenzutreten, und dieser Zweck ist unerreichbar geworden, wenn die Interdiktion in Folge des Todes des Provokaten nicht mehr möglich ist. Andere Ansicht in Ulrichs Archiv Bd. 14 S. 311. Ist der Verschwender unter Kuratel gesetzt, so kann der Kurator öffentliche Vorladung der unbekannten Gläubiger des Verschwenders beantragen. A. G. O. I, 51. §. 172. Dies zu dem Zwecke, um dem Verschwender unmöglich zu machen, noch nachher Schulden zu kontrahiren und ihnen durch Zurückdatirung der Schuldurkunden den Schein von vollverbindlichen zu geben. Der Nachtheil, welcher die Gläubiger trifft, die sich nicht melden, ist, daß sie, trotzdem daß ihre Forderungsdokumente von älterem Datum sind als die Prodigalitätserklärung, doch die Vermuthung gegen sich haben, daß sie mit dem Kuranden erst nach derselben kontrahirten, wobei ihnen natürlich der Gegenbeweis des früheren Kontraktsschlusses offen bleibt.

12) A. G. O. I, 38. §§. 20. 21.

Digitized by Google

dem Verschwender mit der Zustellung,[13] gegenüber Dritten vom Tage der durch den Richter zu veranlassenden Bekanntmachung, auch wenn sie vom Verfahren keine Kunde hatten.[14] Das erstinstanzliche Erkenntniß hat interimistisch Kraft auch wenn es durch Rechtsmittel angefochten wird.[15]

Die Aufhebung der Interdiktion wegen Verschwendung geschieht im Wesentlichen nach denselben Grundsätzen, wie die wegen Geisteskrankheit.[16] Veröffentlichung ist nicht Bedingung der Geltung des Aufhebungsbeschlusses, derselbe tritt vielmehr mit seiner Zustellung an den Interdicirten in volle Wirksamkeit.[17]

II. Inhalt des Geschäfts.

A. Unzulässige Geschäfte.

§. 77. Allgemeines.

Die einzelnen Rechtsgeschäfte, in ihrer speciellen Erscheinung von unmeßbarer Mannichfaltigkeit, ordnen sich doch gewissen rechtlich anerkannten Gat-

---

13) Dies folgt aus allgemeinen Grundsätzen. L. R. I, 5. §. 15 kann nur auf das Verhältniß von Dritten bezogen werden.

14) Schon gemeinrechtliche Schriftsteller haben die öffentliche Bekanntmachung als Requisit der Verbindungskraft für Dritte angesehen. Vgl. Glück Bd. 33 S. 192. — L. R. I, 5. §. 15 setzt den Beginn der Handlungsunfähigkeit auf die Mittagsstunde des Tages, an welchem das Blatt, das die Bekanntmachung enthält, ausgegeben ist. Es ist hierbei bloß an Morgenblätter gedacht. Bei Abendblättern entscheidet natürlich die Mittagsstunde des folgenden Tages. Die Reichscivilproceßordnung bestimmt §. 623, der die Entmündigung aussprechende Beschluß tritt mit der Zustellung an den Entmündigten in Wirksamkeit. Sie legt dem Amtsgericht die öffentliche Bekanntmachung auf, ohne eine Folge derselben zu bestimmen. Es ist hiernach zweifelhaft, ob gutgläubige Dritte auch vor der Bekanntmachung betroffen werden, wie die Worte besagen, oder ob diese ihnen gegenüber erfordert wird, da diese materiell rechtliche Frage nach dem Civilrecht zu entscheiden ist. So bei Koch Kommentar 7. Auflage zu L. R. I, 5. §. 15. Anm. 19. Die V. O. vom 5. Juli 1875 §. 85 verlangt übrigens auch Bekanntmachung der Einleitung der Vormundschaft über den Verschwender.

15) A. G. O. I, 38. §. 25 ff. Ausnahme I, 38. §. 30 ff. Vgl. R. O. H. G. Bd. 14 S. 352. Begreiflich kann sich jedoch der Provokat selbst für den Fall der Zurückweisung der Interdiktion in der Appellationsinstanz nicht seinerseits auf die ihm interimistisch aufgelegte Handlungsunfähigkeit zur Anfechtung etwaiger von ihm gleichwohl in der Zwischenzeit abgeschlossener Akte berufen. Andere Ansicht Koch zu I, 5. §. 15. Dagegen u. A. Förster I. §. 26. Ueber Reichscivilproceßordnung vgl. Anm. 14.

16) Aus l. 1. pr. D. de curat. furioso 27, 10 scheint hervorzugehen, daß in Rom die bloße Aenderung der Lebensweise des Interdicirten dessen Handlungsfähigkeit wieder herstellte. Das gemeine Recht forderte dagegen stets eine gerichtliche Aufhebung. So verlangt auch A. G. O. I. 38. §. 35 ff. Aufhebung durch ein Dekret des Vormundschaftsgerichts; legt ein Verwandter Widerspruch gegen die Interdiktion ein, so entscheidet das kompetente Prozeßgericht über die Wiederaufhebung. Es muß dies übrigens nicht gerade der Verwandte sein, welcher seiner Zeit das Interdiktionserkenntniß erstritten hat. Gegen das erstinstanzliche Urtheil des Proceßrichters, welches die Aufhebung erkennt, findet kein Rechtsmittel statt.

17) Nach der Reichscivilproceßordnung ist Beschluß des Amtsgerichts über die Wiederaufhebung erfordert. Die Verdffentlichung soll vom Amtsgericht erfolgen

Digitized by Google

tungen der Geschäfte, z. B. Kauf, Miethe, Darlehen unter. Diejenigen Bestimmungen des Geschäfts nun, welche für den Gattungsbegriff unentbehrlich sind, nennen wir wesentliche, essentialia;[1] solche Bestimmungen dagegen, welche für diesen Begriff gleichgültig sind, außerwesentliche, accidentalia. Außerdem spricht man aber von naturalia negotii zur Bezeichnung derjenigen Eigenthümlichkeiten eines Geschäftes, welche ihm in Folge seiner Zugehörigkeit zu einer gewissen Gattung von Geschäften ohne weiteres beizumessen sind, falls eine entgegengesetzte Absicht der Partei nicht erhellt.

Schranken findet das Rechtsgeschäft insbesondere an den Institutionen des öffentlichen Rechtes.[2] Die Auflösung z. B. eines auf Grund der Gesetze gebildeten Armenverbandes oder eines Deichverbandes durch einen Vertrag der Mitglieder unter Vertheilung der Lasten auf die Einzelnen ist unzulässig. Aber auch innerhalb des Privatrechtsgebietes selbst ist die Freiheit der Einzelnen durch Rechtsnormen, welche einen zwingenden Charakter haben, sogenannte leges cogentes, vielfach eingeengt. Unstatthaft sind nämlich Geschäfte, welche, als für das gemeine Wohl schädlich, positiv verboten sind, und diejenigen, welche eine Unsittlichkeit enthalten. Und auch solche Geschäfte sind unzulässig, welche durch Androhung von Nachtheilen, insbesondere von Konventionalstrafen — oder durch die Inaussichtstellung von Vortheilen Unstatthaftes mittelbar bezwecken. Endlich ist gefordert, daß die Rechtsgeschäfte vernünftigen Interessen dienen, und daß sie nichts innerlich Widersprechendes oder gar Unmögliches enthalten.

Daß der Staat Geschäften, welche unter die angeführten Kategorien fallen, die Rechtshülfe weigert, ist eine unbedingte Anforderung an eine vernünftige Rechtsordnung. Was jedoch im Einzelnen als dem Gemeinwohl widerstreitend, als schädlich und unsittlich gilt, bestimmt sich verschieden nach den wechselnden ethischen Anschauungen und den jeweiligen wirthschaftlichen Bedürfnissen der Völker und Zeiten. Der Zustand des heutigen preußischen Rechtes weicht in dieser Hinsicht von dem landrechtlichen in vielen Beziehungen ab, wie dieser wiederum keineswegs mit den römischen Auffassungen übereinstimmt.

---

§. 627, eine Rechtswirkung ist an dieselbe nicht geknüpft. Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 §. 85 fordert Bekanntmachung der Aufhebung der Vormundschaft.

1) Die Bezeichnung einer Kontraktsbestimmung als „wesentliche" hat einen doppelten Sinn. Einmal versteht man darunter, wie dies hier geschieht, das, was objektiv für den Gattungsbegriff des beabsichtigten Geschäftes wesentlich ist. Dann aber benennen wir vielfach als wesentliche Bestimmungen auch solche, welche gerade für die Kontrahenten von entscheidendem Gewichte waren, so daß sie das Geschäft nur um derentwillen und nur für den Fall ihrer Einfügung in den Kontrakt wollten. Hiernach können wir von „objektiv" und von „subjektiv" wesentlichen Bestimmungen reden. Unklares Zusammenwerfen dieser verschiedenen Bedeutungen erzeugt häufig Mißverständnisse.

2) cfr. l. 38. D. de pactis 2, 14.

Digitized by Google

§. 78. Einzelne Arten unzulässiger Geschäfte.

Auf einzelne Beschränkungen der Vertrags- und Handlungsfreiheit im jetzigen preußischen Rechte soll im Folgenden näher eingegangen werden.

1. Nach dem Landrechte sind unzulässig Geschäfte, welche einen Zwang zur Ehelosigkeit für Männer über das dreißigste, für Frauen über das fünfundzwanzigste Jahr enthalten sollen.[1] Ferner kann, entgegen dem justinianischen Rechte, Niemand zum Verharren im Wittwenstande durch Vermögensnachtheile gezwungen werden, welche über die Rückgabe des für diesen Fall Zugewendeten hinausgehen.[2] Daß des Weiteren Gewissensfreiheit durch keine Willenserklärung eingeschränkt werden soll, ist ein gesetzgeberischer Gedanke, welchen das Landrecht mit dem gemeinen Rechte theilt.[3]

2. Niemand kann ferner seine bürgerliche und wirthschaftliche Selbständigkeit völlig durch Verträge aufheben. Man kann sich z. B. nicht durch Vertrag unter Vormundschaft stellen, daher auch nicht gültigerweise bei der Bestellung eines Bevollmächtigten, etwa eines Handlungsprokuristen, die Bestimmung treffen, daß man für seine Person auf jede Einmischung in die Geschäftsführung des Vertreters verzichten wolle. Unzulässig ist ferner die

---

1) L. R. I, 4. §. 19. Man streitet darüber, ob Verträge, die eine Verbindlichkeit zur Ehelosigkeit enthalten, wenigstens für die Zeit bis zum dreißigsten resp. fünfundzwanzigsten Jahre gültig seien. Die meisten Schriftsteller sind für die Verneinung, z. B. Koch Recht d. Ford. 2. Ausg. 2. Bd. S. 346. Die Frage ist jedoch eine faktische und beantwortet sich danach, ob eventuell die Absicht dahin ging, mindestens das frühzeitige Heirathen zu verhindern und ob eine Theilung des Geschäftes hiernach möglich ist, z. B. der A. läßt sich von seinem zwanzigjährigen Bibliothekar B., um sich dessen Dienste ganz zu sichern, das Versprechen geben, nicht zu heirathen, und verspricht ihm für jedes Jahr der Ehelosigkeit eine Summe von 100 Thalern. Die Verpflichtung wird bis zum 30. Jahre bestehen.

2) L. R. I, 4. §§. 11 ff. 120. 138. Die Einräumung eines Vortheils unter der Bedingung des Wittwenstandes gilt nicht als unzulässig und es kann dem Verwittweten dessen Rückerstattung aufgelegt werden, soweit derselbe im Augenblicke der Wiederverheirathung noch bei ihm vorhanden ist, wohl aber ist ungehörig die Verpflichtung, im Falle der Wiederverheirathung bona fide Verbrauchtes und namentlich die inzwischen gezogenen Nutzungen wieder herauszugeben. Ueber die Bedingung der Nichtwiederverehelichung nach römischem Rechte siehe Dernburg Pfandrecht I. S. 395.

3) L. R. I, 4. §. 9. In Folge dessen betrachtet man es für unzulässig, eine Minderung des Vermögens, ja selbst eine Entziehung erhoffter Vortheile zur Einschränkung der Gewissensfreiheit an die Beibehaltung oder Aenderung einer Religion zu knüpfen. Vgl. Kabinetsordre vom 12. Juni 1804 und den betreffenden Fall im neuen Archiv von Amelang S. 4 S. 86. Eine Einschränkung der Gewissensfreiheit liegt aber nicht in solchen Rechtsgeschäften, welche zur Förderung bereits bestehender, auf einen Religionswechsel gerichteter Absichten bestimmt sind; z. B. es verspricht Jemand einem dem Protestantismus geneigten Mönche für den Fall seines Uebertrittes eine Pension bis zur Erwerbung einer Stelle. — Wo ist die Grenze? Es ist eben Sache des richterlichen Ermessens, darüber schlüssig zu werden, ob eine unzulässige Einwirkung auf die freie Willensbestimmung vorliegt. So auch Puchta Vorles. I. zu §. 60, vergl. aber auch Bangerow I. §. 93. III.

Digitized by Google

Verpflichtung, niemals die Ausübung eines gewissen Berufes aufzugeben; nicht weniger die, seinen Wohnsitz nicht zu ändern oder sich zur Privatgefangenschaft zu stellen oder einer Gutsunterthänigkeit zu unterwerfen.[4] Namentlich sind nach positiver Bestimmung nichtig Miethverträge des Gutsherrn mit den auf seinem Gute angesiedelten Arbeitern, welche dieselbe über die Zeit von 12 Jahren hinaus binden und so eine Art von Gutsunterthänigkeit herstellen würden. Auch kann bei den Gesindeverträgen das Recht der Aufkündigung nicht völlig ausgeschlossen werden.[5]

3. Nichtig sind gewisse Verträge der Arbeitsherrn mit ihren Fabrikarbeitern, namentlich behufs der Entnahme von Waaren durch die Letzteren.[6]

4. Ob Verträge, durch welche man sich verpflichtet, ein Gewerbe in einem gewissen Bezirke oder überhaupt nicht zu betreiben, im Interesse der Gewerbefreiheit nach der Gewerbeordnung schlechthin für ungültig zu erachten seien, war streitig. Die Frage ist durch Plenarbeschluß des Obertribunals vom 9. Juli 1877 verneint.[7] Immerhin wird solchen Verträgen nach allgemeinen Grundsätzen die Geltung dann abzusprechen sein, wenn sie entweder das öffentliche Interesse durch eine Benachtheiligung des Publikums nachweisbar berühren oder das natürliche Recht des Individuums, den Beruf für welchen dasselbe befähigt und ausgerüstet ist zu betreiben, in ungemeßner Weise beschränken. Nach ähnlichen Gesichtspunkten können Verträge, welche einem Konsumenten dauernd die Verpflichtung auflegen, Produkte und Dienstleistungen ausschließlich von einer bestimmten Stelle zu entnehmen, als ungültig angefochten werden.[8]

---

4) L. R. I, 4. §. 13. Ueber die Verpflichtung, seinen Wohnsitz nicht zu ändern, vergl. l. 71. §. 2. D. de cond. 35, 1, „per quam jus libertatis infringitur."

5) Edikt vom 14. Sept. 1811 §. 7. Gesindeordnung vom 8. Nov. 1810 §. 40.

6) Näheres deutsche Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 §§. 134—139. vgl. unten Bd. 2 §. 192.

7) In der ersten Auflage dieses Werks war die Frage bejaht. Der gedachte Plenarbeschluß Präjudiz n. 2781 Entsch. Bd. 80 S. 1 ff. führt aus, daß §. 1 der Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869 Beschränkungen des freien Gewerbebetriebs, die auf Vertrag der Betheiligten beruhen, nicht verbieten wollte und daß insbesondre §. 10, wonach ausschließliche Gewerbeberechtigungen nicht mehr erworben werden können, nur die quasidinglichen Belastungen betreffe — vgl. unten Bd. 2 §. 266 — nicht aber die freiwillig übernommnen, bloß obligatorischen Verpflichtungen bestimmter Personen ausschließe, daß auch die freie gewerbliche Konkurrenz durch die bezüglichen Verträge in der Regel nicht gefährdet werde und daß dieselben endlich sachlich gerechtfertigt sein könnten, namentlich wenn sie einer illoyalen Benutzung der im Dienst eines Principals angeknüpften Verbindungen mit dessen Kunden — R. O. H. G. Bd. 7 S. 421 — oder der Sicherung der Ueberweisung einer Klientel im Fall der Veräußerung eines Geschäfts entgegentreten sollten. Dies steht den im Text angedeuteten Beschränkungen der Vertragsfreiheit nicht entgegen, vergl. hierüber l. 2. l. 18 D. de jure patronatus 37, 14.

8) Nach der preußischen Gewerbeordnung von 1845 §. 11 sollten den ausschließlichen Gewerberechtigungen oder Zwangs- und Bannrechten analoge Rechte durch Ver-

Digitized by Google

5) Des weiteren wurden für nichtig erklärt Verträge, welche mit der durch das Gesetz vom 2. März 1850 durchgeführten Reform der Verhältnisse des Grundeigenthums im Widerspruche stehen.[9] Diese Reform hatte zum Zweck, einerseits die dauernde Trennung der Nutzungsberechtigten vom Eigenthume zu verhindern, andererseits die Belastung des Eigenthums mit Diensten und mit Naturalabgaben oder unablöslichen Geldabgaben zu beseitigen. Daher ist eine erbliche Ueberlassung eines Grundstückes zur Nutzung unter Vorbehalt des Eigenthums nichtig und die Auflegung beständiger Reallasten nur in fest fixirten Geldbeträgen, und zwar der Art zulässig, daß die Kündigung und die Ablösung um den fünfundzwanzigfachen Betrag der Rente nach Verfluß von dreißig Jahren auf Grund des Gesetzes stets offen bleibt.[10] Auch Verträge und Willenserklärungen, wodurch Gemeinheitstheilungen ausgeschlossen werden sollen, sind nur in beschränkter Weise gültig.[11]

§. 79. Behandlung unzulässiger Geschäfte.

Unter den für unstatthaft erklärten Geschäften sind zu unterscheiden solche, die nur bestimmten Anforderungen des Rechtes nicht entsprechen, und diejenigen, welche eine Unsittlichkeit der Kontrahenten enthalten. Geschäfte der ersten Art sind der Regel nach einfach nichtig.[1] Sie sind daher nicht

---

träge oder andre Rechtstitel nicht auf einen längeren als zehnjährigen Zeitraum begründet werden. Diese Bestimmung ist — anders die erste Auflage — durch ihre Nichtaufnahme in die deutsche Gewerbeordnung beseitigt, vergl. Entsch. des O. Trib. Bd. 80 S. 15 ff.

9) Die hier zuweilen noch erwähnten Bestimmungen über Nichteinziehung von Bauernstellen (L. R. II, 7. §. 14. Edikt vom 9. Oktober 1807 §§. 6 u. 7) sind in Folge des Gesetzes vom 2. März 1850 §. 73 ff. außer Kraft getreten.

10) Gesetz vom 2. März 1850, betreffend die Ablösung der Reallasten §§. 91. 92. 93. 97. Deklaration des §. 97 dieses Gesetzes vom 24. Mai 1853 vergleiche Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 §§. 26—29. 164 und Art. 12 des Gesetzes vom 2. März 1850, betreffend die Ergänzungen der Gemeinheitstheilungsordnung.

11) Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 §. 27.

1) Daß der Regel nach Geschäfte gegen gesetzliches Verbot unverbindlich und nichtig sein sollen, spricht — anderer Ansicht ist Koch Kommentar zu diesem Orte — das Landrecht I, 4. §. 6 nach dem Vorbilde der l. 5. C. de legibus 1, 14 aus mit den Worten: „zu Handlungen, welche die Gesetze verbieten, kann durch Willenserklärung Niemand verpflichtet oder berechtigt werden.“ Gleichwohl kann das einzelne Verbotsgesetz auch andere Folgen als Nichtigkeit, z. B. bloß Strafe an das Verbot knüpfen (lex minus quam perfecta). Wann dies der Fall ist, bleibt letztlich Interpretationsfrage. So verbietet die deutsche Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 den Betrieb mancher Gewerbe ohne obrigkeitliche Konzession oder Erlaubnißschein. Aber ein Geschäft, welches ein Nichtkonzessionirter schließt, ist zwar straffällig, doch nicht nichtig, da sicherlich die Absicht der Gewerbeordnung nicht dahin ging, um der polizeilichen Regulirung der Gewerbe willen so tief in die privatrechtlichen Verhältnisse einzuschneiden.

Digitized by Google

klagbar; es kann ferner der Stipulant das mit Rücksicht auf dieselben Geleistete, der Promittent die zu ihrer Erfüllung gemachte Zahlung mit der condictio sine causa zurückfordern. Trägt das Geschäft hingegen einen unsittlichen Charakter, so tritt nach preußischem Rechte gemäß einer viel verbreiteten älteren Doktrin[2] der Fiskus ein. Und zwar nach doppelter Richtung. Der Fiskus nimmt einmal das Seitens des unsittlich handelnden Stipulanten aus Veranlassung des Kontraktes Geleistete mit der ihm übertragenen condictio sine causa dem Empfänger weg,[3] z. B. die Darlehenssumme, wenn ein Darlehen zum Zweck des Spieles, oder die Schenkungssumme, wenn eine Schenkung zu einem unsittlichen Zwecke gegeben ist. Umgekehrt kondicirt aber auch der Fiskus von dem Empfänger das Seitens des Promittenten zur Erfüllung des unsittlichen Geschäftes Gezahlte.[4]

Das römische Recht kannte bekanntlich einen solchen Anspruch des Fiskus nicht, sondern beließ es unter Ausschließung jeder Rückforderung beim thatsächlichen Zustande nach dem Grundsatze, in pari turpitudine potior est causa possidentis.[5] In der That hat jene Einmischung des Fiskus in die Privatrechtsverhältnisse etwas Gehässiges und wird deshalb auch bei uns nur ganz ausnahmsweise praktisch.

Bei letztwilligen Verfügungen werden die angeführten Grundsätze dadurch modificirt, daß die Bedingungen, welche eine Zuwendung zur moralisch unmöglichen machen, nach dem Vorbilde des römischen Rechtes als nicht zugefügt angesehen werden, so daß die Zuwendung erhalten wird.[6]

B. Einzelne Arten von Rechtsgeschäften.

§. 80. Veräußerung.[1]

Die Rechtsgeschäfte sind theils neu schaffende oder konstitutive, theils übertragende oder translative. Die ersteren begründen Berechtigungen, welche

---

2) Diese betrachtete noch Glück (1811) Bd. 13 S. 60 als unzweifelhaft richtig, vgl. auch die dort Citirten.

3) L. R. I, 16. §§. 205. 206. Hiernach L. R. I, 11. §. 717. I, 11. §§. 1070. 1071. cfr. ferner II, 12. §§. 108. 109, vergl. auch I, 11. §§. 744. 746. Verwandt ist die Bestimmung der deutschen Gewerbeordnung von 1869 §. 139, nach welcher Forderungen für Waaren, welche ungeachtet des geschehenen Verbotes den Arbeitern von den Fabrikanten kreditirt werden, gewissen Arbeiterhülfskassen, in deren Ermangelung der Ortsarmenkasse zufallen. — Wie aber, wenn der Arbeiter an den Fabrikanten bereits vor der Klageanstellung gezahlt hat? Hier wird man der Kasse keine Klage mehr gegen den Arbeiter zu geben haben, sondern höchstens eine condictio gegen den Fabrikanten. Vergl. unten Bd. 2 S. 177.

4) L. R. I, 16 §. 172 ff., Anh. §. 143 zu II, 12. §. 109.

5) l. 8. D. de condictione ob turpem causam 12, 5. l. 2. C. eod. 4, 7.

6) L. R. I, 12. §. 63.

1) Savigny IV. §§. 145—148. Wächter II. S. 638, Unger II. S. 173 ff., Windscheid I. §. 69 Anm. 8.

Digitized by Google

in dieser Form bisher noch nicht vorhanden waren, die letzteren belassen einer bereits bestehenden Berechtigung ihren Inhalt und ihre bisherige Form und geben ihr nur einen neuen Träger. Die Geschäfte der zweiten Art sind die Veräußerungsgeschäfte.[2] In nicht technischem Sinne versteht man jedoch unter Veräußerung jede Uebertragung eines wirthschaftlichen Gutes aus einer Hand in die andere, auch wenn sie die Vermittelung eines konstitutiven Rechtsaktes forderte, z. B. bildet die Bestellung eines Nießbrauches an einer Sache, welche bisher im vollen Genusse des Eigenthümers stand, eine Veräußerung in diesem weiteren Sinne, obgleich ein Ususfrukt als besonderes Recht hier erst geschaffen wird.

Die freie Veräußerung seiner Sache galt dem Römer als ein dem Eigenthume wesentlich immanentes Recht, so daß der Eigenthümer sich zwar persönlich zu dessen Nichtausübung verbinden konnte, daß aber eine von ihm vorgenommene Veräußerung trotz des Privatverbotes vollgültig war und den Eigenthümer höchstens wegen Vertragsbruches schadensersatzpflichtig machte.[3] Nur die höhere Macht eines gesetzlichen Veräußerungsverbotes, wie solche seit der Kaiserzeit vielfach erlassen wurden, vermochte daher in Rom die Veräußerung durch den Sacheigenthümer wirklich zu hindern. Unser Recht erkennt hingegen die dingliche Wirkung einer vertragsmäßigen oder letztwilligen Privatdisposition an, welche dem Eigenthümer die freie Veräußerung verbietet, wie überhaupt die Verfügung des Eigenthümers über seine Sache in mannichfacherer und tiefergehender Weise bei uns beschränkt werden kann, als dies nach römischem Rechte möglich war. Dritte sind einem solchen Privatverbote unterworfen im Falle der Kenntniß desselben beim Erwerbe oder im Falle seiner Eintragung im Grundbuche.[4]

Die Tragweite eines Veräußerungsverbotes ist nach dessen Zweck und Absicht keineswegs immer dieselbe. Seine Intention ist der Regel nach

---

2) Daß bei uns auch Vermögenskomplexe als solche veräußerlich sind, darüber vergl. oben §. 60.

3) l. 61. D. de pactis. Der Vertrag über Nichtveräußerung seines Eigenthums konnte den Eigenthümer in Rom natürlich nur persönlich binden, wenn ein Vermögensinteresse im Falle der Verletzung nachweisbar oder durch Festsetzung einer Konventionalstrafe geschaffen war. l. 135. §. 3. D. de V. Obl. 45, 1. Ueber testamentarische Veräußerungsverbote vgl. freilich Fitting Archiv f. civ. Pr. Bd. 51 S. 270.

4) L. R. I, 4. §. 19. Durch ein solches Veräußerungsverbot, das ins Grundbuch eingetragen wird, kann sich bei uns namentlich derjenige schützen, welcher zunächst nur ein Recht zur Sache hat, während sich der wirklichen Eigenthumsübertragung noch thatsächliche oder rechtliche Hindernisse in den Weg stellen. Dem Eigenthume ist dadurch freilich sein wesentlicher Gehalt bereits entzogen. Hinsichtlich des Vertrages mit dem Hypothekar de non amplius oppignerando vergl. Gesetz über den Eigenthumserwerb vom 5. Mai 1872 §. 48 im Gegensatze zu l. 7. §. 2 D. de distr. pign. 20, 5. Ueber die richterlichen Veräußerungsverbote und Arreste werden wir im §. 146 handeln.

Digitized by Google

nicht blos subjektiv, den Eigenthümer an der Vornahme von Veräußerungsakten zu hindern, sondern die weitergehende, das Objekt schlechthin an die Person des Eigenthümers zu fesseln. Im letzteren Falle erstreckt sich das Verbot bis zur Ausschließung der Ersitzung,[5] im ersteren nicht. Ferner bezieht sich das Verbot der Veräußerung einer körperlichen Sache bald nur auf die Uebertragung des Eigenthums selbst, bald bedingt es seinen Zwecken nach den Ausschluß der Verpfändung und selbst einer Beschwerung mit Servituten und ähnlichen Lasten. Die Römer waren geneigt im Zweifel die letztere Auslegung anzunehmen und Justinian erklärte es geradezu als Regel, daß testamentarische und vertragsmäßige wie gesetzliche Veräußerungsverbote auch das Verbot der Verpfändung und dinglicher Belastungen in sich schlössen, es sei denn, daß die entgegengesetzte Absicht aus dem Gesetze oder dem Rechtsgeschäfte sich bestimmt ergebe.[6] Für das preußische Recht besteht hingegen eine solche Auslegungsregel nicht; es ist vielmehr hier stets nach dem Sinne und den Intentionen des einzelnen Veräußerungsverbotes zu prüfen, in wieweit durch dasselbe, was meist der Fall ist, auch die Verpfändung oder sogar die Belastung mit dinglichen Rechten untersagt sein sollte.[7]

§. 81. Das Anerkenntniß.[1]

Während die meisten Rechtsgeschäfte eine Veränderung der Rechtszustände zum ausgesprochenen Zwecke haben, ist dies anders bei dem Anerkenntnisse. Sein Zweck ist vielmehr, solchen Ansprüchen, welche als bereits bestehend gedacht werden, eine sichere und zweifelsfreie Grundlage zu geben. Das Anerkenntniß ist also der Intention der Kontrahenten nach deklara-

---

5) L. R. I, 9. §§. 581. 582. l. 28. pr. D. de V. S. 50, 16, vergl. übrigens Savigny IV. S. 567 ff. Fitting Archiv f. civ. Pr. Bd. 47. S. 140 ff. Bd. 51. S. 253 ff.

6) l. 7. C. de rebus non alienandis 4, 51. cfr. l. 3. §. 5. D. de rebus eorum 27, 9.

7) Vgl. auch Entsch. des O. Trib. Bd. 48 S. 178 ff. Da das Verbot der Veräußerung nach preußischem Rechte nicht schlechthin das Verbot der Verpfändung in sich schließt, so finden wir häufig beides neben einander gestellt. Vergl. z. B. L. R. II, 1. §§. 223. 232, ferner II, 1. §. 378. II, 2. §§. 171. 172. II, 6. §. 83. II, 18. §§. 725. 727. Die Veräußerung schließt die Verpfändung aber nicht in sich: L. R. II, 11. §§. 220. 227, II, 18. §§. 550 ff. 686. 687. Anh. §. 167. Vergl. Gruchot Bd. 3. S. 433. Dagegen Koch Komm. 3. Aufl. Bd. IV. 2 zu Anh. §. 167. Auch bei Privatveräußerungsverboten, deren Eintragung ins Grundbuch erfolgt, um gegen Dritte, mit den Verhältnissen sonst nicht bekannte, zu wirken, ist es daher zweckmäßig, wenn die Verhypothecirung schlechthin verhindert werden soll, das Verbot ausdrücklich auf Veräußerung und dingliche Belastung zu stellen. Nach L. R. I, 12. §. 535 soll aber unter dem letztwilligen Verbote eines Testators, eine Sache zu verkaufen, auch jede andere Veräußerung und Verpfändung inbegriffen sein.

1) L. R. I, 5. §. 185 ff., vergl. Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 2. Aufl. 1867. Windscheid II. §. 412[a], Reinhard in Ulrichs Archiv Bd. 9 S. 600 ff.

Digitized by Google

torisch, nicht konstitutiv; es schafft ein neues Mittel, um dem Rechte Geltung zu sichern, läßt aber seiner Idee nach die vorhandenen materiellen Rechtsverhältnisse bestehen, wie sie sind. Beispiele solcher Rechtsgeschäfte sind das Anerkenntniß der Vaterschaft eines unehelichen Kindes durch dessen Erzeuger,[2] Anerkennung eines Testamentes durch die Intestaterben,[3] insbesondere auch Anerkennung einer Kontraktspflicht.[4] Verschieden von der Anerkennung eines Rechtsverhältnisses ist die nackte Anerkennung einer Thatsache als solcher, durch welche man dem Gegentheile höchstens ein Beweismittel verschafft, nicht aber unmittelbar einen Rechtszustand feststellt.[5] Besonders ausgezeichnet ist das im Processe abgegebene Anerkenntniß einer eingeklagten Verbindlichkeit. Dasselbe wird durch eine richterliche Erklärung, die sogenannte Agnitoria, konstatirt, auf Grund deren sofort Exekution vollstreckt werden kann.[6]

Natürlich kann trotz der Anerkennung der Rechtszustand in Wirklichkeit ein von den anerkannten mehr oder weniger verschiedener gewesen sein. Dennoch nimmt das Recht auf diese Eventualität keine Rücksicht, da die Anerkennung eben um deswillen erfolgt, um das Zurückgehen auf den ursprünglichen Sachverhalt abzuschneiden, und nutzlos wäre, falls dies nicht geschähe. Das Recht sieht also das anerkannte Geschäft in dem Lichte, in welchem es die Parteien aufgefaßt haben wollen, so daß das Anerkenntniß auch die Mängel des ursprünglichen Geschäftes rückwärts hin deckt.[7] Daher spricht man von einer rückwirkenden Kraft des Anerkenntnisses, wie eine solche auch die gemeinrechtliche Doktrin für die Ratihabition annimmt.[8]

---

2) Gesetz vom 24. April 1854 §. 13 sub 2. Dieses Anerkenntniß muß in einer öffentlichen Urkunde und ausdrücklich abgegeben sein.

3) L. R. I, 12. §§. 611—613, vergl. auch L. R. II, 2. §. 438.

4) L. R. I, 5. §. 185 ff. Ein weiterer Fall ist die Anerkennung des Cessionars als Gläubigers durch den debitor cessus I. 11. §. 412. vergl. unten Bd. 2 §. 85 unter 6.

5) Z. B. Anerkennung der Thatsache des Abschlusses eines — an sich unverbindlichen — mündlichen Vertrages. In der A. G. O. I. 25. §. 65 wird die Anerkennung von Thatsachen „Zugeständniß" und nur die von Verbindlichkeiten „Anerkenntniß" genannt.

6) Näheres A. G. O. I. 8. §. 14 ff. Verordnung vom 1. Juni 1833. Gegen eine Agnitionsresolution ist keine Appellation, wohl aber, wenn dieselbe die gesetzlichen Voraussetzungen nicht hat, eine Nichtigkeitsbeschwerde zulässig, auch eine Restitution wegen neu aufgefundner Urkunden ist statthaft. Die R. C. P. O. bestimmt §. 278, daß die Partei, welche den geltend gemachten Anspruch anerkennt, dem Anerkenntniß gemäß auf Antrag zu verurtheilen ist, dieses Urtheil ist nach §. 648 auch ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Ueber die römische confessio in jure vergl. Tit. Dig. de confessis 42, 2.

7) Z. B. die Mängel der schriftlichen Form des Vertrages oder der freien Einwilligung der Parteien, L. R. I, 5. §§. 185. 186.

8) L. R. I, 5. §. 188. Ueber die Bedeutung der Rückziehung der Genehmigung im römischen Rechte vergl. Dernburg Pfandrecht I. S. 207. 211 ff., aber auch Windscheid I. §. 74.

Digitized by Google

Jedoch kann eine solche Rückwirkung der Anerkennung nicht so weit gehen, daß hierdurch die Rechtsstellung Dritter, welche bei dem Anerkennungsgeschäfte nicht betheiligt waren, leiden könnte. Von dem Grundsatze der Rückziehung wird noch im Landrechte eine besondere Ausnahme gemacht, falls es sich um einen Kontrakt handelt, welcher wegen mangelnder persönlicher Fähigkeit der Kontrahenten ungültig war; wird ein solches Geschäft[9] nach gehobener Unfähigkeit anerkannt, so soll sich das Anerkenntniß nur alsdann auf den Anfang des Geschäftes zurückerstrecken, wenn dieses ausdrücklich verabredet wurde.[10] Hier bedarf es auch der Form eines neuen Vertrags, sonst genügen unter Umständen konkludente Handlungen zur Genehmigung.[11 12]

§. 82. Vergleich.[1]

Vergleich ist eine Verständigung, durch welche man sich zu Zugeständnissen an eine Gegenpartei versteht, um weitergehende Ansprüche, welche von deren Seite erhoben werden könnten, abzuschneiden.[2] Solche Zugeständnisse können darin liegen, daß man ein neues, der Gegenpartei erwünschtes Geschäft an die Stelle des alten beanstandeten Rechtszustandes setzt;[3] ferner darin, daß man gegen den Verzicht auf weitere Ansprüche etwas zahlt oder an Zahlungsstatt giebt; vorzugsweise aber werden Vergleiche erzielt durch eine Anerkennung des beanspruchten Rechtes in festbemessenen Grenzen.[4]

---

9) Ueber die Ratihabition der während der Dauer der väterlichen Gewalt vom Hauskinde gemachten Schulden, für welche notarielles oder gerichtliches Anerkenntniß gefordert wird, vergl. L. R. II, 2. §. 137.

10) L. R. I, 5. §§. 37 und 38.

11) Ueber die Anerkennung durch konkludente Handlungen siehe L. R. I, 5. § 189. Es bedarf überhaupt nicht schlechthin derjenigen Form, welche zur Neubildung des fraglichen Rechtes nothwendig wäre. Die Anerkennung eines aus Irrthum abgegebenen gerichtlich errichteten Schenkungsversprechens fordert z. B. nicht etwa um deswillen gerichtliche Errichtung, weil Schenkungen einer solchen bedürfen. Anerkennungsverträge, die sich auf Immobilien beziehen, verlangen jedoch stets Schriftlichkeit, und ehe sie in das Grundbuch eingetragen werden, gerichtliche oder notarielle Errichtung. Vergl. auch L. R. I, 16. §. 407.

12) Ueber die Schaffung abstrakter Verbindlichkeiten durch Anerkennung vgl. Bd. 2 §. 15.

1) L. R. I, 16. §§. 405—449. Medem Vergleich nach römischem und preußischem Recht bei Gruchot Bd. 14 S. 658. Eine gemeinrechtliche Schrift ist von Risch: Die Lehre vom Vergleiche 1855.

2) Das L. R. spricht I, 16. §. 405 von streitig oder zweifelhaft gewesenen Rechten. Dies ist im weitesten Sinne zu nehmen. Ein Vergleich ist auch möglich, wenn man die gegnerischen Ansprüche nicht bestreitet, sich aber gleichwohl ihrer Erfüllung, z. B. wegen angeblichen Unvermögens, bisher entzog. Vergl. auch L. R. I, 16. §. 408.

3) Es wird z. B. zum Zwecke eines Vergleiches ein Kaufgeschäft abgeschlossen, bei welchem der eine Prätendent die streitige Sache vom Andern kauft.

4) Förster Bd. I. §. 103 spricht sich dahin aus: „Der Vergleich ist ein onerös-interessirter Vertrag, unterschieden von Erlaß und von Anerkenntniß, die beide einseitig auf-

Digitized by Google

Je nach den Mitteln, welche die Vergleichschließenden zum Zwecke des Vergleiches wählen, muß dessen rechtliche Behandlung verschieden sein. Enthält der Vergleich, was immerhin das Häufigste ist, eine theilweise Anerkennung des angesprochenen Rechtes, so bedarf es nicht derjenigen Form, welche für dessen Neubegründung erforderlich wäre, es genügen vielmehr die Formen, welche für eine Anerkennung nothwendig sind.[5] In solchem Falle behandelt das Recht die vergleichsweise festgestellte Befugniß nicht, wie eine neue, erst durch den Vergleich geschaffene, vielmehr als eine von Anfang an begründete, nunmehr in begrenztem Umfange bekräftigte. Fragt man daher, ob im Vergleiche eine Novation in dem weiteren Sinne der Neueren liege, so muß man dies für den Fall einer vergleichsweisen Anerkennung verneinen, da die Anerkennung nicht novirt, sondern als bestehend Gedachtes feststellt; es bleiben also hier die für die alte Schuld bestellten Bürgen und Pfänder verhaftet. Haben dagegen die Parteien an die Stelle des alten und zweifelhaften Geschäfts ein anderes, neues gesetzt, so ist die Frage der Novation zu bejahen. Das neue Geschäft unterliegt bezüglich der Begründung und seiner Wirkung den ihm eigenthümlichen Regeln; die alte Forderung ist untergegangen, für sie bestellte Bürgen und Pfänder sind befreit.[6] [7]

Der Vergleich hat eine allgemeine Aehnlichkeit mit dem Urtheil, da er, wie dieses, bestrittene Rechte zur Anerkennung bringt.[8] Dieser Gedanke hat im neuern Recht eine bestimmt greifbare Gestalt hinsichtlich des vor dem inländischen Richter über rechtshängige Gegenstände geschlossenen Vergleiches gewonnen. Es findet aus demselben wie aus einem rechtskräftigen Urtheile unmittelbar Zwangsvollstreckung statt.[9]

---

treten." So auch L. R I, 16. §§. 410. 411, jedoch §§. 394. 395. In der That sind aber Entsagung und Anerkennung den Vergleichschließenden zu Gebote stehende Mittel, welche freilich einen besondern Charakter dadurch gewinnen, daß sie dem Vergleichszwecke dienen.

5) Vergl. oben §. 81. Anm. 11.

6) Vergl. R. O. H. G. Bd. I. n. 66 über einen Fall, in welchem behufs des Vergleichs Handlungen versprochen wurden und um deswillen L. R. I, 5. §. 408 anwendbar wurde.

7) Hiernach stehen die Entscheidungen des Obertribunals Bd. 15. S. 86 und Bd. 18 S. 173 nicht mit einander im Widerspruche. Gegen die Annahme als hebe der Vergleich die alte Obligation schlechthin auf, geht namentlich L. R. I, 16. §§. 446. 449. Die Frage der Novation war von jeher eine bestrittene; die Ansichten mehrerer gemeinrechtlicher Schriftsteller führt an Risch l. c. S. 178 Anm. 11. Von preußischen Schriftstellern sprechen sich, ohne zu unterscheiden, gegen Novation aus Koch Kommentar zu L. R. I, 16. §. 405, Förster I. §. 103.

8) Vergl. l. 20. C. de transactionibus 2, 4: „non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum judicatarum esse," was für das römische Recht allerdings nicht viel mehr als eine Redensart ist.

9) A. G. O. I. 24. §. 4, Verordnung vom 4. März 1834 über die Exekution in Civilsachen §. 1. Der Vergleich muß hiernach, um exekutorisch zu sein, nicht

Digitized by Google

Allgemeinen Grundsätzen nach kann der Vergleich den bestehenden Rechten Dritter nicht schaden, welche ihm nicht zustimmten.[10] War also für die ursprüngliche, im Vergleiche anerkannte Forderung Hypothek gestellt und war der Vergleichschließende der eingetragene Eigenthümer der verhypothecirten Sache, so kann zwar jeder Theil verlangen, daß der Inhalt des Vergleiches, insoweit er die Forderung näher bestimmt, im Buche vermerkt werde; den bereits bestehenden dinglichen Rechten Dritter kann jedoch diese Eintragung nicht schaden. Ebensowenig kann der Vergleich gegen Bürgen geltend gemacht werden, welche dem Abschlusse desselben nicht zustimmten. Dagegen können diese sich auf die Einrede des Vergleiches wie auf alle anderen Einreden des Hauptschuldners berufen, womit sie ihn aber auch gegen sich anerkennen.[11]

Begreiflich erstreckt sich der Vergleich nur auf diejenigen Ansprüche, über welche sich die Parteien vergleichen wollten. Haben sich z. B. die Vergleichschließenden über alle ihre Ansprüche verglichen, so gelten dennoch diejenigen Posten nicht als inbegriffen, von deren Existenz der Berechtigte zur Zeit keine Kenntniß gehabt hatte.[12] Als ein besonders schwieriges Problem wurde von jeher angesehen, inwieweit ein Vergleich gegen solche spätere Beanstandungen des einmal verglichenen Anspruches schützt, welche den Kontrahenten beim Vergleichsschlusse noch nicht bekannt waren? Es ist zu antworten, daß sich der Vergleich nur auf diejenigen Fragen bezieht, welche streitig waren und die man daher abmachen wollte.[13] War also nur die Höhe eines

---

gerade vor dem Proceßrichter geschlossen sein. Der Vergleich vor den Schiedsmännern steht dem Vergleiche über eine rechtshängige Sache gleich. Nach der R. C. P. O. §. 702 unter 1 und 2 findet Zwangsvollstreckung statt aus Vergleichen, welche nach Erhebung der Klage zur völligen oder theilweisen Beilegung des Rechtsstreites vor einem deutschen Gerichte abgeschlossen sind, ferner aus Vergleichen, welche in Folge eines Sühneversuchs vor dem Amtsgericht nach §. 471 zu Stande kamen. Die exekutorische Kraft der Vergleiche vor Schiedsmännern bleibt nach R. C. P. O. §. 706 gleichfalls bestehen. — Eine besondere Art des gerichtlichen Vergleichs ist der Akkord im Konkurse vgl. unten Bd. 2 §. 125. Ueber Recesse in Ablösungssachen s. unten §. 214.

10) Hiernach schadet der Vergleich zwischen Intestaterben und Testamentserben den nicht zugezogenen Vermächtnißnehmern nichts. L. R. I, 16. §. 440, l. 3. pr. D. de transact. 2, 15.

11) Vergl. L. R. I, 16. §. 445 ff. über die Verhältnisse der Bürgen, §. 449 über die der Pfänder, der letzte Paragraph ist jedoch in der im Texte ausgeführten Weise zu beschränken.

12) L. R. I, 16. §§. 426—428, cfr. l. 5. D. de transact. 2, 15. Interpretationsregeln hinsichtlich des Vergleichs über einen Inbegriff mit oder ohne Inventar giebt L. R. I, 16. §§. 436—438; cfr. etwa l. 29 C. de transact. 2, 4. Nach A. G. O. I. 23. §. 21 und R. C. P. O. §. 93 sind die Kosten eines Vergleichs, sowie des erledigten Rechtsstreites, soweit hierüber nicht bereits rechtskräftig erkannt ist, als gegenseitig aufgehoben anzusehen, wenn nichts Andres vereinbart ist.

13) Gewöhnlich stellt man die Frage allgemeiner dahin, ob und inwieweit ein Vergleich wegen Irrthums angefochten werden könne? Es versteht sich aber von selbst, daß die allgemeinen Grundsätze über Irrthum auch hier Platz greifen, daß also ins-

Digitized by Google

Anspruches, z. B. eines Vermächtnisses streitig, nach dem Vergleichsschlusse hierüber ergiebt sich aber, daß der Anspruch selbst nicht besteht, weil z. B. die letztwillige Verfügung durch ein späteres Kodicill vom Erblasser aufgehoben war, so kann jener Vergleich der Rückforderung des Gezahlten aus diesem neuen Grunde nicht entgegengesetzt werden; wenn umgekehrt die Parteien darüber stritten, ob ein Geschäftsführer zur Anrechnung gewisser Auslagen befugt sei, deren Höhe man nicht bezweifelte, es ergiebt sich aber nach Abschluß des Vergleiches, daß der Betrag jener Auslagen zu hoch angesetzt war, so steht der Vergleich einer entsprechenden Reduktion der Auslagen nicht entgegen. Auch die Berichtigung von Rechnungsfehlern, welche beim Vergleiche unterliefen, ist natürlich gestattet.[14] Nur ist die Zeit der Anfechtung eines Vergleiches wegen Rechnungsfehler durch positive Satzung des Landrechts auf zehn Jahre beschränkt, es handle sich denn um Additions- oder Subtraktionsfehler, welche wenigstens gegen den Vergleichschließenden selbst, nicht aber gegen dessen Erben auch noch nach zehn Jahren gerügt werden können. Nach der Konsequenz des Rechtes, welche die römische Jurisprudenz auch festhielt,[15] könnte aus dem Grunde eine Anfechtung des Vergleiches nicht stattfinden, daß diejenigen Punkte, über welche Streit herrschte und über die man sich

---

besondere wesentlicher Irrthum über die Person des Mitkontrahenten oder über das Objekt des Vergleichs, ebenso wie Betrug und Zwang, Anfechtungsgründe sind. Aber auch das im Texte aufgeworfene Problem, inwieweit ein Vergleich gegenüber später auftauchenden Beanstandungen Geltung hat, ist eine abgeleitete Frage, welche nicht nach der Abstraktion von einzelnen Fällen ein für allemal zu beantworten, vgl. z. B. Windscheid Pand. II, §. 414, sondern bei der gefordert ist, daß man die allgemeinen Principien über Willensäußerung, Irrthum, Voraussetzung auf den oft sehr verschiedenartig liegenden Thatbestand des Vergleichs richtig anwendet. Auch läßt das preußische Recht der Jurisprudenz freie Hand, indem es L. R. I, 16. §. 418 bestimmt, daß ein Vergleich wegen Irrthums über die Beschaffenheit des streitigen Rechts selbst „in der Regel" nicht anfechtbar sei. In vielen Fällen ist dann, wenn sich neue Beanstandungen ergeben, die beim Vergleichsschlusse nicht vorgesehen waren, der Vergleich nicht eigentlich anfechtbar, vielmehr einfach, als den neuen Streit nicht betreffend, bei Seite zu setzen. Vergl. auch Risch Vergleich S. 225. Wenn z. B. der Intestaterbe, nachdem er das Testament des Erblassers wegen eines Formfehlers angegriffen hatte, dem Testamentserben vergleichsweise die Erbschaft gegen eine Abfindung überlassen hatte, so kann er demselben dennoch die Erbschaft später aus dem Grunde abstreiten, daß das Testament untergeschoben war. Indessen die erhaltene Abfindung wird er freilich im Falle des Sieges im zweiten Processe nicht behalten können, denn diese hat der Testamentserbe hier offenbar für das Behalten der Erbschaft gegeben, und es steht diesem daher im Falle der Entziehung der letzteren durch den Intestaterben die condictio sine causa auf Rückgabe der Abfindung zu. Anders aber stünde es wiederum, wenn die Abfindung nur offenbar für den Abstand von dem bestimmten Anfechtungsmittel gegeben war.

14) L. R. I, 16. §. 431 ff., vergl. l. un C. de errore calculi 2, 5. Wegen des Rechnungsfehlers kann derjenige, zu dessen Schaden er war, in der Regel nur Berichtigung, nicht Aufhebung des Vergleichs verlangen. Der Gegentheil kann jedoch zwischen Berichtigung und Aufhebung des Vergleichs wählen.

15) l. 19. C. de transactionibus 2, 4.

Digitized by Google

verglich, durch später aufgefundene Beweise, insbesondere durch Urkunden hinterher vollständig zu Gunsten des einen Theiles aufgehellt wurden. Dennoch läßt das preußische Recht[16] einer verbreiteten älteren Praxis gemäß Anfechtung des Vergleiches wegen solcher später aufgefundenen Urkunden zu, welche das vergleichsweise aufgegebene oder geminderte Recht völlig außer Zweifel setzen.

§. 83. Fortsetzung. Erschwerungen und Beschränkungen der Vergleiche.

Der Abschluß des Vergleiches ist in mancher Hinsicht erschwert, da derselbe als ein außerordentlicher, über die gewöhnliche Vermögensverwaltung hinausgehender Akt gilt. Insbesondere bedarf es daher zum Vergleichsschlusse durch einen Vertreter in der Regel einer Specialvollmacht,[1] es hat der Vormund obervormundschaftliche Genehmigung nöthig, wenn der Gegenstand 300 Mark überschreitet oder unschätzbar ist.[2 3]

Natürlich kann man sich auch nur vergleichen über solche Rechte, die unserer Verfügung unterstehen, ein Vergleich z. B., wonach eine Ehe getrennt sein soll, wäre nichtig. Es ist ferner ein Vergleich zur Verheimlichung eines solchen Verbrechens, welches von Amtswegen verfolgbar ist, als unsittliches Geschäft nichtig, während der Vergleich über die Nichtverfolgung eines Verbrechens, welches nur auf Antrag des Verletzten zur Untersuchung zu ziehen ist, Geltung hat, sofern nicht im gegebnen Falle eine Unsittlichkeit in ihm liegt oder eine Erpressung zu finden ist.[4] Eine positive Beschränkung für Vergleiche endlich liegt in der aus der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre aufgenommenen Bestimmung, daß man sich über letztwillige Verordnungen vor deren Publikation nicht gültig vergleichen könne.[5] Wir werden dies auf

16) L. R. I, 16. §§. 420. 421.

1) L. R. I, 13 §. 102. Auch die gemeinrechtlich herrschende Ansicht fordert eine Specialvollmacht zum Abschlusse eines Vergleichs, es sei denn der Generalbevollmächtigte mit der sogenannten Klausel cum libera angestellt. Es gründet sich dies auf cap. 4 in f. de procuratoribus in 6to 1, 19. Das römische Recht hingegen kannte einen solchen Formalismus nicht, behandelte vielmehr den Umfang der Vollmacht als Absichtsfrage. Vgl. Puchta Pand. §. 53. l. 58. l. 59. l. 60 D. de proc. 3, 3. l. 17. §. 2 D. de jurejurando 12, 2.

2) V. O. §. 42 unter 8.

3) Nach der R. C. P. O. §. 77 ermächtigt die Prozeßvollmacht zu Vergleichen. Doch kann nach §. 79 in dieser Hinsicht die Vollmacht mit voller Wirksamkeit beschränkt werden.

4) L. R. I, 16 §§. 415. 416. Ueber die ganz eigenthümlichen Bestimmungen des römischen Rechts vgl. einerseits l. 4 §. ult. D. de his, qui not. infamia 3, 2, andererseits l. 18 C. de transact. 2, 4; aber auch l. 7 D. de praevaric. 47, 15 u. die Ausführung von Risch l. c. S. 96 ff.

5) L. R. I, 16 §. 442. Die gemeinrechtliche Doktrin entnahm dies aus l. 6 D. de transact. 2, 15, identisch mit l. 1 §. 1 D. quemadmodum testamenta

Digitized by Google

den Fall einschränken müssen, daß den Vergleichschließenden der Inhalt der letztwilligen Verordnung unbekannt war, indem nur für diesen Fall das Verbot einigermaßen zu rechtfertigen ist.

Hingegen hat das Landrecht mit Grund den Satz des römischen Rechts nicht aufgenommen,[6] daß Vergleiche gegen den Inhalt eines rechtskräftigen

---

aper. 29, 3. Der Jurist Gajus rechtfertigt hier die Bestimmung, wonach jeder die Einsicht und Abschrift der Testamentsurkunde verlangen kann, daraus, daß man ohne Kenntniß der Testamentsworte über Streitigkeiten, welche aus dem Testamente herrührten, weder sich vergleichen noch richterliche Entscheidung erlangen könne. Was so nur faktisch gemeint war, faßte die gemeinrechtliche Theorie als juristische Bedingung der Gültigkeit des Vergleichs, da der Vergleich ohne Kenntniß des Inhalts der Urkunde den Charakter eines Spiels habe. Einen inneren Grund, einem solchen gewagten Geschäft Seitens des Rechts entgegenzutreten, giebt es nicht. Vgl. Risch l. c. §. 12, Windscheid II, §. 414 Anm. 12.

6) Die jetzt unter den Romanisten herrschende Ansicht glaubt den römischen Satz über die Unverbindlichkeit des Vergleichs durch pactum, im Falle die verglichene Sache bereits rechtskräftig abgeurtheilt ist, aus inneren Gründen erklären zu können. Man geht nämlich davon aus, daß ein Vergleich eine Ungewißheit des Anspruches voraussetze, eine solche aber, wenn die Sache rechtskräftig entschieden sei, nicht mehr vorliege. Risch Vergleich S. 74 ff., Vangerow III, §. 668 Anm. Dies würde indessen, wenn den Parteien die bindende Kraft des Urtheils bekannt war, höchstens dazu führen können, den Vertrag, statt als Vergleich, als Schenkung zu betrachten, während wenn ihnen das Urtheil oder dessen bindende Kraft nicht feststand, ein Vergleich wegen dieser Ungewißheit möglich sein müßte. Die römische Nichtigkeit des Vergleichs in dem Umfange, so daß sogar eine condictio des Gegebnen zustand, l. 23 §. 1 D. de cond. indebiti 12, 6, wird in solcher Weise keineswegs gerechtfertigt. Der römische Rechtssatz erklärt sich historisch. Ursprünglich hatten nämlich die Römer jede Einwendung gegen das rechtskräftige kondemnatorische Urtheil ausgeschlossen, mit Ausnahme der in solenner Form geleisteten Zahlung oder der in diese Form gekleideten Scheinzahlung durch nexi liberatio Gaj. Inst. III, §. 173. Es war dies ein Vorzug der alten Judikatsobligation, welche eine völlig glatte einredefreie sein sollte. In seiner weiteren Entwickelung hat das römische Recht dies allerdings nicht festgehalten und auch dem Judikate gegenüber Einwendungen zuzulassen. Vgl. auch l. 4 §§. 3. 4 D. de re judicata 42, 1. Dabei aber blieb es, daß man Vergleiche durch nackten Vertrag für unzureichend hielt einem klaren Judikate gegenüber, daß man vielmehr der Exekution ihren Lauf ließ trotz des Vergleichseinwandes, welcher denn auch, weil man sich hierbei auf angebliches stillschweigendes Einverständniß oder konkludente Handlungen hätte stützen können, besonders leicht aus der Luft zu greifen war und der Chikane des Schuldners dienlich sein konnte, l. 3 C. Hermog. IV. pacto transactionis exactio judicati non tollitur. Andererseits mußte dann freilich der Vergleichschließende das Recht haben, das von ihm aus dem Vergleiche Gegebene zu kondiciren, damit er nicht zweimal leiste. War indessen die Frage zweifelhaft, ob ein Judikat bestehe und um deswillen hierüber noch ein ernsthafter Proceß möglich, der Judikatsanspruch also nicht unmittelbar exekutionsfähig, so hielt man auch den Vergleich für zulässig, über welchen dann bei Gelegenheit der Frage des Bestehens des Judikats mit abgeurtheilt werden konnte (l. 11 D. de transact. 2, 15). Daß sich die Ungültigkeit des Vergleichs gegenüber dem Judikat den Römern nicht aus der inneren Natur des Vergleichs ergab, wird namentlich durch die Gültigkeit solcher Vergleiche bewiesen, welche damit begannen, durch Aquiliana stipulatio und acceptilatio das Judikat in formeller Weise zu beseitigen, l. 32 C. de transact. 2, 4, eine Entscheidung, welche die herrschende Ansicht in gekünstelter und unzureichender Weise zu entfernen sucht. Da es also der strenge Formalcharakter der Judikatsobligation und deren Exekutionsfähigkeit, nicht aber die innere Natur des Vergleichs war, welche die Ausschließung des Einwandes bloßer pacta herbeiführte, so erklärt es sich denn auch, warum solche Obligationen, welchen man dieselbe Kraft wie den Judikatsansprüchen

Digitized by Google

Urtheils nichtig seien, vielmehr kann nach der Vorschrift des Landrechts die Art der Erfüllung eines rechtskräftigen Urtheils durch Vergleich näher bestimmt werden, und es ist die Entsagung eines unstreitigen Rechts gültig, wenn sie auch kein Vergleich ist.[7]

Der aus dem späteren römischen Rechte stammende Rechtssatz bevormundenden Charakters, wonach der Vergleich über letztwillig hinterlassene, noch nicht fällige Alimente obrigkeitlicher Bestätigung bedurfte,[8] wurde vom Landrechte in Uebereinstimmung mit dem älteren gemeinrechtlichen Brauche auf künftige Alimentenforderungen jeder Art ausgedehnt,[9] hingegen später durch das Gesetz vom 11. Juli 1845 über die Form einiger Rechtsgeschäfte völlig beseitigt.[10]

§. 84. Protestationen.

Protestationen sind einseitige wörtliche Willenserklärungen einer Partei, durch welche sie die Wirkung von Thatsachen, die ihre Rechte bedrohen, von sich abweist. Sie haben nach dem Landrechte der Regel nach gerichtlich zu

---

zu geben suchte, wie die actio legis Aquiliae, gleichfalls durch einfaches pactum nicht beseitigt werden konnten, obgleich hier sicherlich eine besondere faktische Gewißheit des Anspruches nicht existirt, Paul. sent. I, 19 §. 2. — Entsprechender hat die moderne Praxis die Sache geordnet durch die Verweisung der illiquiden Vergleichseinreden gegen Urtheile ad separatum. Insbesondre bestimmt §. 6 der Verordn. v. 4. März 1834 über die Exekution in Civilsachen, daß die Einwendungen des Vergleichs, der Zahlung u. s. f. die Exekution nur hemmen, wenn sie liquid sind, und die Thatsachen, auf welche sie gegründet werden, sich erst nach geschlossener Instruktion der Sache ereigneten oder zur Kenntniß des Schuldners kamen. Reichscivilproceßordnung §. 686 ff. überläßt dagegen wegen derartiger Einwendungen die Frage, ob und unter welchen Modalitäten die Zwangsvollstreckung auszusetzen sei, dem Ermessen des Proceßgerichts, in dringenden Fällen des Vollstreckungsgerichts.

7) L. R. I, 16 §§. 408. 409. Gleichwohl nimmt unter Anderm Förster I, §. 103 an, daß auch nach preußischem Rechte „ein durch rechtskräftiges Urtheil bestimmtes Recht durch Vergleich nicht weiter bestimmt werden kann und darf." Anders wendet die Sache code civ. art. 2056, da hiernach der Vergleich nichtig sein soll, wenn den Parteien die Existenz des rechtskräftigen Urtheils beim Vergleichsschluß unbekannt war. Hiernach gestaltet sich die Sache zu einer Anfechtung ob instrumentum noviter repertum, vgl. auch Windscheid II, §. 414.

8) Die Bestimmung rührt von Mark Aurel her l. 8. pr. u. ff. D. de transactionibus 2, 15.

9) L. R. I, 16 §§. 413. 414. Anh. §. 51.

10) Koch im Kommentar zu L. R. I, 16 §. 414 findet die Abänderung von zweifelhaftem Nutzen, weil das öffentliche Interesse wegen Sicherstellung der Armenverbände gegen Belastung mit der Unterhaltung des Alimentarius nach Durchbringung der Vergleichssumme zu wahren sei. Indessen sind diese Verbände nicht berechtigt, bei Rechtsgeschäften zu interveniren, die nicht zu ihren Gunsten abgeschlossen sind, und der Richter ist nicht in der Lage sie zu vertreten. Ihre Rechte gegen die gesetzlich Verpflichteten bleiben dagegen unberührt.

Digitized by Google

geschehen und sind vom Gerichte dem betheiligten Gegner bekannt zu machen.[1] Häufig ist ihre Wirkung von der Vornahme innerhalb gewisser Frist abhängig gemacht.[2]

Die Kraft der Protestation reicht begreiflich nur soweit, als das Recht dem Willen des Betheiligten die Macht zugesteht, die Beeinträchtigung seiner Gerechtsame zu hindern. Sie wirkt insbesondere gegenüber einem Ersitzungsbesitze[3] und anderen thatsächlichen Usurpationen, sowie gegen Scheinrechte,[4] welche sich zum Rechte gestalten könnten. Erklärungen, welche im Widerspruche stehen mit den nothwendigen Konsequenzen unserer Willenshandlungen, die sogenannten protestationes facto contrariae, sind ohne Bedeutung.

Die s. g. hypothekarischen Protestationen bezwecken, wie die einfachen, eine Verwahrung, indem sie der durch den Inhalt des Grundbuchs gegebnen, die Ansprüche des Protestirenden möglicherweise bedrohenden Verkehrslegitimation der eingetragnen Personen entgegentreten.[5] Sie sind aber keine bloßen Parteierklärungen, sondern richterliche Verfügungen.

Verschieden von den Protestationen sind die Reservationen, d. h. Vorbehalte bei Vornahme einer rechtlichen Handlung, durch welche wir einer uns nachtheiligen Interpretation derselben vorbeugen.[6] Sie bedürfen, um dem Mitkontrahenten gegenüben wirksam zu werden, an sich der gerichtlichen Form nicht.[7]

§. 85. Entsagung.

Die privatrechtliche Freiheit gipfelt darin, daß der Berechtigte die ihm zustehenden Gerechtsame durch seinen Willen — durch Entsagung — ganz

---

1) L. R. I, 14 §§. 466. 467. In Einzelfällen begnügt sich auch das Landrecht mit einer außergerichtlichen Anzeige an die Gegenseite, so bei der Protestation einer Frau in gütergemeinschaftlicher Ehe gegen Verfügungen ihres Mannes L. R. II, 1 §. 387. Vgl. auch L. R. I, 7 §§. 57. 83. Verbindung mit einem Beweise zum ewigen Gedächtnisse findet sich z. B. L. R. I, 18 §§. 298. 299.— In Rom vollzogen sich Protestationen durch eine private Denunciation des Protestirenden unter Zuziehung von Zeugen. Daher der Name. Cfr. l. 10 §. 3 D. quae in fraudem cred. 42, 8. l. 2 C. de annali exceptione 7, 40. l. 1 §§. 3. 4 u. a. a. O. D. de agnosc. liberis 25, 3 u. f. f.

2) So soll gegen ein erzwungenes, sowie gegen ein durch Verführung zum Trunk zu Stande gebrachtes Geschäft innerhalb 8 Tagen protestirt werden, vgl. L. R. I, 4 §. 45. I, 4 §§. 92. 93, ferner I, 20 §. 564.

3) L. R. I, 9 §. 603.

4) Z. B. Protestation gegen die Legitimität eines Kindes L. R. II, 2 §. 7 ff., cfr. I, 18 §. 296.

5) Vgl. unten §. 204.

6) Beispiele geben L. R. I, 5 §. 307. I, 11 §. 797, der Fall bei Hommel rhaps. obs. 222; ferner L. R. I, 20 §. 156.

7) Dritten gegenüber wirken sie häufig nur dann, wenn sie diesen gerichtlich mitgetheilt sind. L. R. I, 11 §. 465. I, 20 §. 254.

Digitized by Google

oder theilweise, für immer oder zeitweise aufheben kann, und zwar mit oder ohne Entgelt.[1] In letzterem Falle kann die Entsagung zu einer Art der Schenkung an denjenigen werden, welchem aus der Vernichtung jenes Rechts ein ökonomischer Vortheil erwächst.[2]

Es werfen sich folgende Fragen auf: In Betreff welcher Rechte ist die Entsagung zulässig? welchen Grad von Bestimmtheit des Willens verlangt sie? welches ist ihre äußere Form?

1. Die Entsagung auf ein künftiges, erst erwartetes Recht scheint der logischen Folge der Dinge zu widersprechen, vermöge deren die Entstehung eines Dinges dessen Vernichtung vorherzugehen hat. Um deswillen war eine solche Entsagung im älteren römischen Rechte überhaupt unstatthaft und es hat sich hiervon noch im jüngsten römischen Rechte erhalten, daß Erbverzichte rechtsunwirksam waren, welche vor der Berufung zur Erbschaft, insbesondere vor dem Tode des Erblassers, abgegeben waren.[3] Nach dem heutigen Rechte hingegen ist die Entsagung auf zukünftige Rechte, also auch auf Erbschaften, an sich ebenso rechtsverbindlich,[4] wie auf bereits erworbene Gerechtsame, soweit nicht Interessen der öffentlichen Ordnung, der Rechtssicherheit oder auch der Sittlichkeit dem entgegentreten.[5] So ist namentlich der Vertrag, daß für künftigen dolus nicht gehaftet werden solle, rechtsunwirksam, ferner die Außerkraftsetzung des Eintritts künftiger Verjährung beschränkt. Entsagung auf künftige Ansprüche bezeichnet, was für die Aus-

---

1) L. R. I, 16 §§. 378—404. Das L. R. bestimmt die Entsagung als die Erklärung, von einem Rechte keinen Gebrauch machen wollen. Die Entsagung bezieht sich aber nicht bloß auf den Gebrauch, sondern auf die Existenz des Rechts.

2) L. R. I, 16 §. 393 wird geradezu erklärt, daß eine unentgeltliche Entsagung einer Schenkung gleichzuachten sei. Dieser Ausspruch geht jedoch zu weit und ist mit Rücksicht auf die allgemeinen Grundsätze über Schenkungen zu beschränken. Vor Allem ist vorausgesetzt, daß ein Anderer durch die Entsagung bereichert wird, was z. B. bei Erlaß einer bloßen Kaution, die uns der Schuldner gestellt hat, keineswegs der Fall ist; dann, daß auch der Entsagende seinerseits aus seinem Vermögen etwas verliert, was z. B. gleichfalls nicht anzunehmen ist bei Erlaß einer bloßen Sicherung, z. B. einer Bürgschaftsschuld, aber auch nicht beim Verzicht auf eine angetragene Erbschaft. L. R. I, 11 §. 1039. Auch der animus donandi muß vorhanden gewesen sein, damit von einer Schenkung durch die Entsagung die Rede sei, was z. B. dann nicht der Fall sein wird, wenn man einem Rechte entsagt, welches man für materiell ungerechtfertigt hält. Selbst bei einer Entsagung aber, welche eine Schenkung wirklich bezweckt, verlangt das Obertribunal nicht die Beobachtung der Form der Schenkungen, also nicht gerichtlichen Abschluß. Plenarbeschluß vom 24. Februar 1840, Präj. n. 801, Entsch. Bd. 5 S. 261. Der Schenkungsstempel ist aber anzuwenden nach Striethorst Bd. 95 S. 13.

3) l. 3 C. de collationibus 6, 20. l. 16 D. de suis et leg. her. 38, 16.

4) Vgl. L. R. I, 12 §. 649 ff.

5) L. R. I, 16 §. 400, cfr. l. 27 §§. 3. 4 D. de pactis 2, 14. l. 1 §. 7 D. depositi 16. 3. l. 17 pr. D. commodati 13, 6.

Digitized by Google

legung der gesetzlichen Bestimmungen von Wichtigkeit ist, das Landrecht als Verzicht, die Entsagung auf bereits erworbene Rechte als Erlaß.[6]

2) Abstrakt genommen scheint es, daß für den Willen, einem Geschäfte zu entsagen, keine höhere Bestimmtheit zu fordern sei, als für jede andere rechtliche Willenserklärung.[7] Dennoch findet sich bei der Behandlung der Entsagung im preußischen Rechte[8] eine größere Anforderung an die Selbstgewißheit des Willens, da eine in allgemeinen Ausdrücken beim Geschäftsschlusse abgegebene Entsagung auf Einwendungen für unverbindlich erklärt wird.[9] Es rechtfertigt sich dies vorzüglich dadurch, daß jene Klausel häufig als bloße Phrase des Kurialstils in die Kontrakte aufgenommen wurde, ohne daß sich die Parteien die Tragweite derselben völlig klar machten, während sie die Verzichtleistung voraussichtlich nicht gewollt hätten, wenn ihnen die Folgen ihrer Erklärung konkret vor Augen gestanden hätten. Ferner muß nach der Bestimmung des preußischen Rechts die Entsagung der Regel nach ausdrücklich abgegeben werden, damit sich der Handelnde dessen, was er thut, vollständig bewußt sei.[10] Soll der Verzicht durch einen Stellvertreter geschehen, so bedarf es der Regel nach einer Specialvollmacht.[11]

3) Obgleich die überwiegende Ansicht der Praktiker im vorigen Jahrhunderte dahin ging, daß es der Acceptation der Entsagung zu deren Perfektion nicht bedürfe,[12] so hat das Landrecht dennoch eine solche Annahme für die Regel gefordert. Natürlich gilt dies nur für solche Berechtigungen, denen ein bestimmter Verpflichteter gegenübersteht, nicht also z. B. für die

---

6) L. R. I, 16 §. 379. Das Gegentheil lehrt Koch Kommentar, welcher diesen Ausdrücken entgegen dem ausgesprochnen Willen des Gesetzes einen neuen Sinn beilegt und daraufhin mit dem Texte des Landrechts operirt.

7) Wächter II, S. 648.

8) L. R. I, 5 §. 193. Daß die römischen Juristen ähnliche Erwägungen angestellt haben, geht aus l. 4. §. 4. D. si quis cautionibus 2, 11 hervor. Die communis opinio hat freilich aus dieser Entscheidung, sie ungeschickt erklärend, den wenig rationellen Satz abgeleitet: renunciationem exceptionum generalem non valere, nisi praecesserit specialium quarundam exceptionum enumeratio. Stryk usus modernus II, 11. §. 9 u. A.

9) Von dieser besonderen Bestimmung abgesehen ist ein genereller Verzicht nach preußischem Recht nicht unzulässig. Vergl. L. R. I, 16. §. 404.

10) L. R. I, 16. §. 381. Ueber Entsagung auf eine Forderung durch Rückgabe der Schuldurkunde vergl. vorläufig I, 16. §§. 390 ff. Die Entsagung auf Einwendungen gegen eine Forderung soll jedoch auch stillschweigend geschehen können; l. c. §. 382. — Nicht im Widerspruch steht L. R. I, 5. §. 197, wie dies Koch Kommentar zum §. 197 supponirt. Denn dort wird die ausdrückliche Entsagung gleichbedeutend mit speciell erklärte genommen, im Gegensatze zu einem generellen Verzichte. Vergl. Anm. 8.

11) L. R. I, 13. §§. 103. 104. Für Prozeßvollmachten gelten nach der R. C. P. O. die oben §. 83 Anm. 3 angeführten Grundsätze.

12) Z. B. Berger oeconomia juris II, 2. th. 28. Hommel rhaps. obs. 11 u. A. Ueber das römische Recht vergl. Dernburg Pfandrecht Bd. II. S. 537 ff.

Digitized by Google

Entsagung des Eigenthums. Dagegen schloß sich das Landrecht insofern an die gemeine Ansicht des vorigen Jahrhunderts an, daß es für gerichtliche Entsagungen Acceptation nicht fordert.[13] Wann aber tritt eine solche einseitige gerichtliche Entsagung in Wirksamkeit? Konsequenterweise unmittelbar mit der Vollziehung des Aktes, auch wenn der durch ihn Begünstigte noch keine Kenntniß desselben gewonnen hat. Anders aber ist es, wenn die Absicht des Verzichtenden gewesen ist, die Wirkung noch bis zur Mittheilung des Aktes an den Gegenpart aufzuschieben oder gar noch von weiterer Verhandlung mit ihm abhängig zu machen.

Die Erklärung des Entsagenden fordert, den allgemeinen Vorschriften des Landrechts gemäß, bei Gegenständen über 150 Mark die schriftliche Form, während die Annahme der Entsagung auch ohne diese Form erfolgen kann.[14] Jedoch macht sich in der neueren preußischen Praxis das Bestreben geltend, dem Inhaber eines Rechts, welcher diesem durch Vertrag entsagt hat und dasselbe gleichwohl hinterher zur Geltung zu bringen sucht, mittels einer exceptio doli entgegenzutreten; dies namentlich dann, wenn derjenige, zu dessen Gunsten die Entsagung vorgenommen ist, im Vertrauen darauf Verfügungen vorgenommen hat, welche im Falle der Rücknahme der Entsagung nicht bestehen können.[15]

Die nächste Wirkung der Entsagung ist vernichtend, nicht Rechte gründend. Der Verzicht auf Einwendungen kann indessen einen positiven Erfolg haben, indem er die Anfechtung des bisher entkräfteten Rechtes unthunlich macht. Dies ist aber dann nicht möglich, wenn es sich um den Mangel eines wesentlichen Bestandtheiles des Geschäftes handelt, da

---

13) L. R. I, 16. §§. 388. 392. Hiernach genügte nach preußischem Recht der gerichtlich erklärte Verzicht des Klägers auf den Anspruch, ohne daß eine Acceptation erfordert wurde. Das entgegengesetzte Princip befolgt die R. C. P. O. der gemeinrechtlichen Praxis entsprechend, indem nach §. 277 der Verzicht des Klägers in der mündlichen Verhandlung nur dann die Abweisung herbeiführen soll, wenn der Beklagte die Abweisung beantragt; dies wird analog beim Verzicht auf Einreden, Repliken u. s. w. zu befolgen sein. Der nach Erlaß des Urtheils erklärte Verzicht auf das Recht zur Berufung, auf die Revision und den Einspruch gegen Versäumnißurtheile ist dagegen von der Annahme des Gegners unabhängig nach R. C. P. O. §§. 475. 529. 311.

14) L. R. I, 16. §. 387. I, 5. §. 134.

15) Ein Beispiel enthalten die Entscheidungen des Obertribunals Bd. 45 S. 49. Ein Vorkaufsberechtigter erklärte sich vor und bei dem Abschlusse des Kaufvertrags, mittels dessen das seinem Rechte unterworfene Grundstück an einen Dritten veräußert wurde, mit dem Geschäfte mündlich einverstanden, ja er hatte den Käufer selbst veranlaßt, das fragliche Grundstück zu kaufen. Hinterher reute ihn die mündliche Zustimmung und er machte sein Vorkaufsrecht geltend. Das Obertribunal nun ließ dessen Geltendmachung nicht zu, zwar nicht direkt aus dem Grunde der sogenannten exceptio doli generalis, wohl aber, indem es sich mit dem nicht zutreffenden Grunde beruhigte, daß derjenige, durch dessen doloses Verfahren ein Rechtsakt herbeigeführt worden sei, nicht berechtigt erscheine, daraus einen Vortheil zu ziehen.

Digitized by Google

hier dem Anspruche die Grundlage fehlt, welche nicht durch einen Verzicht auf Einwendungen, sondern höchstens durch eine Anerkennung, welche das fehlende Essentiale ergänzt, hergestellt werden kann.[16]

Hinsichtlich der Auslegung der Entsagungen verweist das Landrecht auf die allgemeinen Regeln. Der in der gemeinrechtlichen Praxis vielfach aufgestellte Satz, daß Verzichte strikt dem Wortsinne nach zu interpretiren seien,[17] hat also bei uns keinen gesetzlichen Boden, vielmehr ist auch der Verzicht nach der erkennbaren Meinung der Kontrahenten auszulegen.[18]

C. Bedingungen und Endzweck.

§. 86. Wesen der Bedingungen.[1]

Eine besondere Klasse der Rechtsgeschäfte bilden die bedingten. Die Aufgabe dieser Geschäfte ist, bereits in der Gegenwart Verfügungen für erst künftige, bloß mögliche und zunächst nur gedachte Eventualitäten zu treffen. Nicht die Existenz des Willens ist hier, wie man häufig behauptet hat, ungewiß und abhängig von der Wirklichkeit eines Umstandes.[2] Vielmehr ist der Wille, welcher ein bedingtes Rechtsgeschäft begründet hat, an sich nicht weniger entschieden, als er dies im Falle des Abschlusses eines Geschäfts ohne solche Klausel ist. Ebenso ist das Produkt dieses Willens, also das bedingte Rechtsgeschäft, in sich fertig. In der Schwebe ist aber die Wirkung des bedingten Rechtsaktes, da es ungewiß ist, ob sich die realen Verhältnisse künftig denjenigen entsprechend gestalten werden, für welche die beabsichtigte rechtliche Veränderung bestimmt ist, und da das Geschäft seinem besonderen Inhalte nach[3] nur einen Erfolg haben soll für den Fall des

---

16) L. R. I, 16. §. 401.

17) Arg. l. 21. C. ad S. C. Vellej. 4, 29, welche aber eine bloß positive Bestimmung enthält.

18) L. R. I, 16. §. 403. Die dunkle Auslegungsregel des §. 404 kann auf sich beruhen.

1) L. R. I, 4. §§. 99—144, I, 5. §§. 226—229, I, 11. §§. 258—265, über gemeines Recht vergl. Savigny III. §. 116 ff., Wächter II. §. 92 ff., Unger II. §. 82, Windscheid I. §. 86 ff. v. Scheurl zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften 1871. Wendt Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft 1872. Ennecerus Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung 1871. Adickes zur Lehre von den Bedingungen 1876.

2) So Fitting: Ueber den Begriff der Bedingung, Archiv für civilistische Praxis Bd. 39 S. 305 ff., Förster I. §. 36 u. A. Dagegen in gewissem Sinne Windscheid I. §. 86 Anm. 2.

3) Ein bedingtes Geschäft ist ein anderes als das im Uebrigen gleichlautende unbedingte Geschäft. Wenn z. B. Kläger in seiner Klage anführt, er habe vom Verklagten 300 Pfund Kartoffeln gegen Zahlung von 24 Thlrn. gekauft, dieser aber wendet ein, er habe dem Kläger die Kartoffeln mit der Bedingung verkauft, daß dieser sie binnen 14 Tagen abhole, so tragen beide ein verschiedenes Geschäft vor. Die Behauptung des Verklagten, fälschlich häufig in der gemeinrechtlichen Litteratur

Digitized by Google

Eintritts des vorausgesetzten Zustandes, dagegen im Falle des Eintretens von Zuständen anderer Art wirkungslos bleiben soll.[4]

Wir ordnen hiernach bei Abfassung eines bedingten Geschäfts den Erfolg unserer Verfügungen den Gestaltungen der Zukunft unter. Der Zweck bei Setzung der Bedingung ist gleichwohl in sehr vielen Fällen gerade der, durch das bedingte Geschäft nach unseren Absichten die Zukunft zu gestalten. Dies namentlich dann, wenn eine Zuwendung an eine Thätigkeit oder an den Erfolg einer Thätigkeit geknüpft wird, welche der bedingt Berechtigte vornehmen soll, z. B. wenn eine Erbeseinsetzung an eine Handlung des bedingt Eingesetzten oder eine Belohnung an das Zuführen eines soliden Käufers geknüpft ist oder eine Auslobung vorgenommen wird. Daher stellte denn auch das römische Recht mit gutem Grunde den rein zufälligen Bedingungen die potestativen und gemischten, bei welchen der Wille des Berechtigten ausschließlich oder in Verbindung mit äußeren Ereignissen den gewünschten Zustand herbeiführt, als eigene Art gegenüber.[5] Auch bei den

---

qualificirtes Geständniß genannt, kann daher nicht etwa der Art behandelt werden, daß man die Anführung des Klägers für zugestanden ansieht und dem Beklagten den Beweis der Einrede der Bedingung auflegt, vielmehr hat Kläger auf andere Weise, z. B. durch Urkunden, Zeugen darzuthun, daß ein Geschäft des Inhalts, wie der von ihm vorgetragene, geschlossen worden sei. — Aber freilich genügt es hierbei, daß Kläger den Geschäftsschluß in der von ihm behaupteten Weise darthue, seinerseits hat er, wenn dieser Nachweis einmal gelungen ist, den Beweis der Nichtzufügung etwaiger Bedingungen als einer bloßen Negation keineswegs außerdem zu führen. Das Letztere bestimmt das L. R. ausdrücklich I, 5. §. 229: „daß ein Vertrag — der natürlich bewiesen sein muß — unter besonderen Bedingungen geschlossen wurde, wird nicht vermuthet." Nur muß ein etwa abzuleistender Eid in solchen Fällen mit Rücksicht auf die behauptete Unbedingtheit geformelt werden. So auch Robert Schneider: Ueber die Beweislast in dem Falle, wenn der Beklagte behauptet, es sei unter einer Suspensivbedingung kontrahirt worden, sächs. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung Bd. IX. S. 1 ff. Pöschmann: Ueber die Natur des sogenannten qualificirten Geständnisses 1863, ferner Unger II. §. 129. n. 39, Windscheid I. §. 86 Anm. 4. Die entgegengesetzte Ansicht haben u. A. Wächter II. S. 437. 450 ff. 494, Puchta Vorlesungen I. §. 98. Von Schriftstellern des preußischen Rechts kann etwa verglichen werden: Scheele in Ulrichs Archiv Bd. 13 S. 552 ff., Gruchot Bd. I. S. 497 ff. In der preußischen Praxis war die willkürliche Theilung der bedingten Zugeständnisse vielverbreitet. Mit unsrer Ausführung stimmt überein Entsch. des O. Trib. Bd. 70 S. 277 sowie das R. O. H. G. Bd. 11 S. 363 und a. a. O. Offen läßt die Frage R. C. P. O. §. 262 Abs. 2.

4) Daher wird das Rechtsgeschäft keineswegs in Folge des Ausfallens der suspensiven oder des Eintritts der resolutiven Bedingungen vernichtet, und es ist nicht korrekt, wie dies häufig geschieht, die Bedingung als ein Ereigniß zu bestimmen, von dessen Eintritt oder Nichteintritt die Existenz des bedingten Geschäfts abhänge. Vielmehr besteht das bedingte Geschäft an sich auch noch nach Ausfall der Suspensivbedingung, so daß noch jetzt mit der Kontraktsklage geklagt werden kann, namentlich auf Rückgabe etwa im voraus gemachter Leistungen, und ebenso ist es im Falle des Eintritts einer Resolutivbedingung. Das Letztere haben bereits die römischen Juristen anerkannt l. 4 pr. D. de lege commissoria 18, 3: et quidem finita est emtio! — sed jam decisa quaestio est, ex vendito actionem competere.

5) l. un. §. 7. C. de caduc. tollend. 6, 51. Wenn einige Schriftsteller Potestativbedingungen auch diejenigen Bedingungen nennen, deren Erfüllung von dem

Digitized by Google

potestativen und gemischten Bedingungen ist jedoch der Anreiz, welchen das bedingte Geschäft zur Thätigkeit giebt, nur ein indirekter: die Festsetzung einer Bedingung als solche schafft keinerlei Verpflichtung des bedingt Berechtigten, und es kann nicht auf deren Verwirklichung gegen ihn geklagt werden.[6] [7]

Nicht alle Willenserklärungen lassen Bedingungen zu. Es giebt nämlich Verhältnisse, welche nicht in der Schwebe sein können, so daß Rechtsgeschäfte, welche sie in bedingter Weise ins Leben rufen wollen, nichtig sind; z. B. die Anerkennung eines Kindes,[8] die Kindesannahme, die Befreiung von der väterlichen Gewalt. Auch die Auflassung eines Grundstücks kann nicht unter einer Bedingung geschehen.[9] Ferner ist eine bedingte Erklärung unwirksam und steht einer Nichterklärung gleich, wenn das Gesetz oder der Richter eine Willenserklärung über die Annahme oder Ablehnung einer uns eröffneten rechtlichen Befugniß innerhalb einer gewissen Frist fordern. Insbesondere wird eine bedingte Annahme oder Entsagung einer Erbschaft während der sechswöchentlichen Ueberlegungsfrist als nicht geschehen behandelt;[10] eine Abandonerklärung weiter, mittelst deren der Seeversicherte vom Versicherer die Versicherungssumme gegen Abtretung seiner Ansprüche auf den

---

Willen des bedingt Verpflichteten abhängig ist, so ist dies im Interesse einer festen und sicheren Terminologie nicht zu billigen. Anderer Ansicht Windscheid I. §. 89 Anm. 14. Das Landrecht hat die Eintheilung, welche übrigens in der Sache begründet ist, überhaupt nicht.

6) Ob freilich bloße Bedingung oder auch Auflegung einer Verpflichtung vorliegt, ist eine Absichtsfrage, Julianus l. 41. pr. D. de contr. emt. 18, 1: cum ab eo, qui fundum alii obligatum habebat, quidam sic emtum rogasset, ut esset is sibi emtus, si venditor eum liberasset .. quaesitum est, an utiliter agere possit ex emto in hoc, ut eum liberaret? Respondit: videamus quid inter ementem et vendentem actum sit ... si vero sub conditione emtio facta sit, non poterit agi, ut conditio impleatur.

7) Ueber Konventionalstrafen und ihre Besonderheiten gegenüber gewöhnlich bedingten Geschäften Bd. 2 §. 39.

8) Keine vollständig bindende Kraft haben auch bedingte Ehegelöbnisse L. R. II, 1. §. 95.

9) Im römischen Rechte ließen gewisse Rechtsgeschäfte schon ihrer Form nach keine Bedingungen oder Befristungen zu, wie dies in der freilich durch Interpolirung entstellten l. 77. D. de R. J. 50, 17 bezeugt wird. Und zwar ging dies soweit, daß jede Hinzufügung, welche die Form der Bedingung an sich trug, das Rechtsgeschäft vernichtete, selbst wenn es sich hierbei nicht um eigentliche Bedingungen, sondern nur um Hervorhebung solcher Umstände handelte, welche schon nach den Rechtsvorschriften ohnehin die Wirkung des Geschäfts suspendirten, oder das Eintreten der Rechtsfolgen, die schon nach dem Gesetze eintreten, als Bedingung setzten, also von sogenannten conditiones juris. Bei uns, wie auch im gemeinen Rechte, finden sich dergleichen Formalgeschäfte nicht, vielmehr entscheidet stets das Wesen des Rechtsverhältnisses über die Zulässigkeit von Bedingungen und es kann die ausdrückliche Hinzufügung einer conditio juris, die ohnedem eintreten würde, der Geltung eines Rechtsaktes nie schaden.

10) L. R. I. 9. §. 394 ff.

Digitized by Google

versicherten und verschollenen oder sonst gefährdeten Gegenstand innerhalb bestimmter Zeit fordern kann, muß, um gültig zu sein, ohne Vorbehalt oder Bedingung erfolgen;[11] auch die Acceptation einer Offerte hat unbedingt zu geschehen;[12] die bedingte Einlegung eines Rechtsmittels endlich, z. B. einer Appellation, wäre ein ungültiger Akt.[13]

§. 87. Aufschiebende und auflösende Bedingungen.[1]

Die scharfe Charakterisirung und juristische Bestimmung der bedingten Geschäfte danken wir der römischen Jurisprudenz. Ihr haben wir auch die Eintheilung der Bedingungen in aufschiebende oder suspensive und in auflösende oder resolutive entlehnt. Doch gerade hier ist ein Fortschritt eingetreten. Die Römer kannten nämlich ursprünglich nur Suspensivbedingungen, d. h. solche, bei denen das Eintreten der bedingt gesetzten Rechtswirkung noch in der Schwebe ist. Resolutivbedingungen hingegen, welche die Aufhebung eines sofort geschaffenen Rechtszustandes unter gewissen Eventualitäten herbeiführen sollen, waren den Römern Anfangs gänzlich unbekannt, da man es ursprünglich nicht für zulässig hielt, ein der Rechtsregel nach zeitlich unbegrenztes Recht mittels Parteivereinbarung nur für eine begrenzte Dauer ins Leben zu rufen. Später bildete die römische Jurisprudenz entsprechende Klauseln in der Art, daß man dem Geschäfte, welches ein Recht übertrug, ein zweites Geschäft anfügte, welches das erste unter einer Bedingung, die also selbst wieder ihrer Form nach aufschiebend war, auflöste.[2] Wir hin-

---

11) Handelsgesetzbuch Art. 870.

12) L. R. I. 5 §§. 84. 85.

13) Bezieht sich dies Alles auch auf conditiones in praeteritum und in praesens collatae? z. B. Jemand acceptirt die Offerte einer Menge Baumwolle unter der Bedingung, daß der Börsenpreis zu Liverpool an den bereits verflossenen Börsenstunden der oder jener gewesen sei? Bei Gelegenheit der Berathung des deutschen Handelsgesetzbuches Art. 322 wurde bemerkt, derselbe betreffe selbstverständlich solche Bedingungen nicht, und Koch Kommentar zu diesem Artikel stimmt dem bei. Dagegen aber Malower Kommentar zu demselben Artikel. Soll der Stettiner Kaufmann, frägt er, der einem Berliner Kaufmann eine Ladung Thee anstellt, gebunden sein, wenn dieser die Annahme zwar erklärt, aber nur unter der Bedingung, daß augenblicklich Schiffsgelegenheit zum Weitertransport in China vorhanden sei! — Wir würden weder absolut bejahen noch verneinen, sondern gemäß dem Zwecke dieser Fristen danach entscheiden, ob demjenigen, welchem die Erklärung abgegeben wird, im Augenblicke des Eintreffens der Erklärung der als Bedingung gesetzte Umstand bekannt sein muß, in welchem Falle sie einer unbedingt abgegebenen gleich zu halten ist.

1) Czyhlarz die Lehre von der Resolutivbedingung 1871. Schulin über Resolutivbedingungen 1875.

2) Daher nennen die Römer solche Geschäfte, z. B. mit einer Resolutivbedingung verbundene Käufe „negotia pura, quae sub conditione resolvuntur“ l. 2 §§. 4. 5. D. pro emt. 41, 4. l. 44. §. 2. D. de obl. et act. 44, 7. So ist auch die Auffassung von Thibaut civilistische Abhandlungen S. 359 ff., Windscheid I. §. 86. Anm. 6.

Digitized by Google

gegen haben, von solcher durch den historischen Bildungsgang des römischen Rechts gegebenen Form absehend, den Begriff der auflösenden Bedingung dahin bestimmt, daß sie einen Zusatz zum Hauptgeschäfte selbst bildet, so daß durch den Eintritt derselben die Wirkung der Willenserklärung wieder aufhören soll.[3]

Die Frage, in welchen Fällen eine aufschiebende, in welchen eine auflösende Bedingung im Zweifel zu unterstellen sei, beschäftigte schon die Römer. Da aber ihr Verkehr herkömmlich sich festen Formularen anschloß, so begnügten sich die römischen Juristen damit, die Bedeutung ihrer üblichen Formularien im Einzelnen durch Interpretation zu bestimmen.[4] Unserm Verkehre, welcher sich nicht in typischen Geschäftsformen bewegt, schien eine allgemeinere Vermuthung Bedürfniß. Eine solche stellt das Landrecht dahin auf, daß dann, wenn das Geschäft vor Eintritt der Bedingung thatsächlich erfüllt wird, oder, wie wir zufügen müssen, der Abrede nach vorher erfüllt werden soll, im Zweifel eine auflösende, sonst aber eine aufschiebende Bedingung vorliegt.[5]

§. 88. Die aufschiebende Bedingung. Schwebezeit.

So lange die aufschiebende Bedingung unentschieden ist, ist auch die nur für den Fall ihres Eintritts gesetzte Rechtsveränderung noch in der Schwebe. Daher existirt noch keine Verpflichtung aus der bestimmten Obligation, so daß sogar eine aus Irrthum auf dieselbe geleistete Zahlung in der Zwischenzeit zurückgefordert werden kann, ohne daß etwa der Ausfall der Bedingung abgewartet werden muß.[1]

Andererseits soll jedoch von jetzt an die Verwirklichung der Ansprüche des bedingt Berechtigten nur von den fest abgegrenzten Voraussetzungen der Bedingung abhängig sein. Es sollen daher die Chancen ihres Eintritts nicht zum Nachtheile des bedingt Berechtigten von der Gegenseite verändert werden. In dieser Hinsicht hat sich ein eigenthümlicher, aber zweckmäßiger Rechtssatz aus dem frühesten Stadium römischer Rechtsentwicklung auch bei uns erhalten. Das alte römische Recht ermangelte nämlich einer Klage auf Schadloshaltung gegen den bedingt Verpflichteten, welcher absichtlich den Ein-

---

3) L. R. I. 4. §. 114, vgl. Windscheid loc. cit.

4) l. 1. D. de lege commissoria 18, 3; cfr. jedoch l. 2 pr. D. de in diem add. 18, 2.

5) L. R. I. 11. §§. 266. 274. Thibaut civilistische Abhandlungen S. 378.

1) l. 16—18. D. de condictione indebiti 12, 6. Vgl. unten Bd. 2 §. 253. Der Käufer ferner, welchem die unter suspensiver Bedingung verkaufte Sache während der Schwebezeit übergeben ist, wird in der Zwischenzeit, falls nichts Anderes verabredet ist, als Verwalter fremder Sachen angesehen, L. R. I. 11. §. 259, so daß z. B. eine Acquisitivverjährung nicht beginnen kann.

Digitized by Google

tritt der Bedingung vereitelte, weil eben der bedingte Kontrakt, beim Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung für diesen Fall, ein solches Klagerecht nicht erzeugte. Damit aber gleichwohl der Dolus des bedingt Verpflichteten nicht seinen Zweck erreiche, ergänzte die altrömische Jurisprudenz die Lücke in höchst wirksamer Weise durch die Aufstellung der Fiktion, daß die Bedingung, welche der bedingt Belastete vereitelt hat, als erfüllt angesehen werde,[2] so daß der Schlag, der auf den Gegner geführt werden sollte, auf den Urheber zurückfiel. Das preußische Recht könnte nun an sich eine Klage des bedingt Berechtigten auf Schadloshaltung gegen den bedingt Verpflichteten, welcher die Erfüllung der Bedingung erschwert oder vereitelt hat, nicht verweigern, da dieser hierdurch, wenn auch nicht dem Worte, doch dem Sinne des Kontrakts zuwidergehandelt hat.[3] Gleichwohl adoptirte auch das preußische Recht die positive römische Fiktion für Bedingungen, die vom Zufall oder von einer Handlung des Berechtigten oder eines Dritten abhängen.[4] Dies mit vollem Grunde, da dieselbe dem bedingt Berechtigten praktischer und durchgreifender hilft als eine Klage auf Schadensersatz. Damit nämlich ein Schaden des bedingt Berechtigten konstatirt würde, wäre der Nachweis erforderlich, daß die Bedingung wirklich in dem Falle eingetreten wäre, wenn die störende Handlung des Gegentheils nicht vorgekommen wäre. Ein solcher Nachweis aber würde häufig nicht zu erbringen sein.[5]

---

2) l. 161. D. de reg. Jur. 50, 17: in jure civili receptum est, quotiens per eum cujus interest conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset; vgl. u. A. l. 50. D. de contr. emt. 18, 1. Die Regel ist innerlich verwandt mit jener anderen l. 91. §. 3. D. de V. O. 45, 1, veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem.

3) L. R. I. 4. §. 103.

4) L. R. I. 4. §§. 105 ff. Insbesondere bestimmt §. 105, daß wenn die Bedingung von einer freien Handlung des Berechtigten oder eines Dritten abhängig ist und der Verpflichtete „vorsätzlich“ die Verwirklichung der Bedingung hindert, solche für erfüllt zu achten ist, während sich der Verpflichtete erlaubter Mittel zur Bewirkung dieses Entschlusses bedienen kann. Bei der Anwendung dieser Bestimmungen ist festzuhalten, daß Alles auf die Frage ankommt, ob die Erfüllung der Bedingung durch schuldhaftes kontraktwidriges Benehmen des Belasteten unmöglich wurde. Ein Privatförster z. B. war auf Lebenszeit angestellt und sollte, wenn er die Forstdirektion zehn Jahre lang im Interesse des Herrn nützlich geführt haben werde, eine Gehaltserhöhung von 600 Mark haben, er wurde aber vorher ohne Grund mit seinem Gehalte entlassen und forderte nach Verfluß von zehn Jahren die Gehaltserhöhung, da der bedingte Verpflichtete an der Nichterfüllung der Bedingung Schuld trage. Dies hat das Obertribunal mit Recht zugestanden Entsch. Bd. 50 S. 24, da es nicht darauf ankommen kann, ob die betreffende schuldhafte Handlung gerade aus der Absicht der Vereitelung der Bedingung hervorging, wenn sie nur diesen Erfolg hatte. Vgl. auch l. 13. pr. D. de annuis legatis 33, 1., siehe noch Striethorst Bd. 97 S. 267. Die römische Regel paßt natürlich für den Fall nicht, in welchem die Absicht war, den Eintritt der Bedingung von den Entschließungen des bedingt Verpflichteten abhängig zu machen. Dies ist im Landrechte beachtet.

5) Das preußische Landrecht bestimmt weiter umgekehrt — L. R. I. 4. §. 104, — daß auch der Berechtigte bei Verlust seines Rechts die Erfüllung einer Bedingung

Digitized by Google

Dem bedingt Berechtigten droht unter Umständen auch dadurch Gefahr, daß die Sache, auf die er eventuelle Ansprüche hat, durch den bedingt Belasteten schuldhafterweise verschlechtert wird. Für solches Verhalten ist derselbe ebenfalls nach Eintritt der Bedingung schadenersatzpflichtig. Aber auch im Voraus kann der bedingt Berechtigte in Fällen einer Gefahr nach dem Vorbilde des römischen Rechtes Sicherungsmaßregeln durchsetzen.[6]

§. 89. Entscheidung der aufschiebenden Bedingung.

Ob die Bedingung eingetreten oder ausgefallen sei, ergiebt sich aus der Vergleichung des Thatbestandes mit der Absicht, welche bei Setzung der Bedingung obwaltete.[1] Die vom Rechte hierüber aufgestellten Regeln haben nur die Bedeutung einer Anleitung zur Bestimmung des vermuthlichen Willens der Parteien, wie er bei der Fassung der Bedingung bestand.[2] In einer Beziehung entfernt sich die Regel des Landrechts von der Auffassung der römischen Juristen. Die Römer nahmen nämlich an, daß diejenigen Bedingungen einer letztwilligen Verfügung, welche zu Gunsten einer dritten

---

nicht durch seine Thätigkeit herbeiführen dürfe, wenn die Bedingung vom Zufalle abhängig sein sollte. In Wirklichkeit ist hier die Bedingung nicht so erfüllt, wie dies kontraktmäßig vorausgesetzt war. Es liegt hierin also eine Folgerung aus der Willensmeinung der Parteien.

6) L. R. I. 14. §. 5, cfr. I. 4. §. 122, l. 41. D. de judiciis 5, 1. l. 38. pr. D. pro socio 17, 2. Wächter II. S. 700 n. 5.

1) Ist ein Geschäft alternativ von mehreren Bedingungen abhängig, so reicht die Erfüllung einer einzigen hin. Wenig passend spricht das Landrecht hier I. 4. §. 139 von dem Rechte der „Wahl" des Belasteten. Denn wenn auch die Erfüllung der einen Bedingung bereits unmöglich geworden ist, so genügt doch der Intention des Geschäfts nach immer noch die Erfüllung der anderen Bedingung zu dessen Verwirklichung, obgleich eine Wahl hier nicht mehr vollzogen werden kann. Vergl. Papinian in l. 78. §. 1. D. de condit. 35, 1, disjunctivo modo conditionibus adscriptis, alteram defecisse non oberit, altera vel postea impleta. Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt Koch Kommentar zu L. R. I. 4. §. 139. — Die bei Auszugsverträgen häufig vorkommende Bedingung, wonach an Stelle des Naturalauszuges Geldprästationen treten sollen, „wenn sich beide Theile nicht mehr vertragen sollten," wird der Regel nach zu Gunsten des Auszüglers zugefügt, so daß sich der belastete Eigenthümer auf dieselbe nicht seinerseits berufen kann. Für den Auszügler aber ist sie eine Potestativbedingung, da die Frage, ob sich zwei Menschen mit einander vertragen, eine Frage ihres Wollens ist und durch den Richter nicht gegen ihren Willen entschieden werden kann. Die Bedingung ist daher eingetreten, wenn sich der Auszügler, auch ohne Grund oder in Folge eigner Schuld, nicht vertragen zu können erklärt.

2) Vgl. l. 68. D. de solut. 46, 3: Finge alicui fundum legatum, si dedisset pupillo furiosove. Ets ciendum est .. tutori quidem vel curatori utiliter dependi, ipsis autem id est furioso vel pupillo non recte persolvi. Die sogenannte Erfüllung per aequipollens ist begreiflich der Regel nach nicht hinreichend es sei denn, daß der Absicht, welche bei Setzung der Bedingung bestand, hierdurch ersichtlich Genüge geschieht. Ist eine Bedingung, z. B. 300 Mark dem X. zu geben, nur theilweise erfüllt, so kann natürlich das von der Erfüllung abhängig gemachte Recht auch nicht theilweise in Anspruch genommen werden, es sei denn eine solche Absicht bei Setzung der Bedingung nachweisbar. Vgl. L. R. I. 12. §. 492.

Digitized by Google

Person angeordnet sind, der Absicht des Testators nach auch dann als erfüllt anzusehen seien, wenn der mit der Bedingung Belastete seinerseits zur Leistung bereit war, jener Dritte aber deren Annahme ausschlug,[3] das Landrecht sich hingegen mehr an das Wort der Disposition haltend, erklärt im Zweifel in solchem Falle die Bedingung als ausgefallen.[4]

Nach der Entscheidung der aufschiebenden Bedingung gestalten sich nun die Rechtsverhältnisse folgender Art. Ist die Bedingung ausgefallen, so tritt die durch das Geschäft beabsichtigte Wirkung nicht ein; die Parteien haben deshalb das Recht, mit der Kontraktsklage dasjenige zurückzufordern, was mit Rücksicht auf das bedingte Geschäft bereits geleistet ist.[5] Tritt hingegen die Bedingung ein, so ist hiermit die Wirksamkeit des Geschäftes gesichert. Es besteht aber nach preußischem Rechte wie nach gemeinem Rechte die Streitfrage, ob die durch das Geschäft begründete Rechtsveränderung erst vom Eintritte der Bedingung an datirt oder schon vom Momente des Geschäftsschlusses an zu rechnen ist, also über die sogenannte Rückziehung der Bedingung. Eine ausdrückliche Entscheidung dieser Frage im Landrechte findet sich nicht; vielmehr ist die Lösung auch bei uns aus der inneren Natur des bedingten Geschäfts zu entnehmen. Hiernach datirt aber die durch das Geschäft beabsichtigte rechtliche Veränderung, wie die Römer scharfblickend erkannten, bereits von dem Momente der sie in Aussicht nehmenden Willenserklärung an.[6]

---

3) Diese Auslegungsregel hatte namentlich für den Fall eine innere Berechtigung, daß die Bedingung in der Auszahlung einer Geldsumme an einen Dritten bestand, inwelchem Falle natürlicherweise die Nichtannahme Seitens des Dritten der wirklichen Auszahlung des Geldes gleichgehalten wurde, l. 3. D. de condit. inst. 28, 7. Dieser Fall mag denn auch zunächst die Aufstellung der Regel veranlaßt haben. Dieselbe wurde aber allerdings sehr weit gefaßt und auf Bedingungen, wie si Sejam uxorem duxerit angewendet, l. 23. D. de cond. inst. 28, 7, wo sie kaum der Sachlage entspricht. Immerhin ist daran festzuhalten, einmal, daß eine allerdings sehr generell ausgedrückte Auslegungsregel des römischen Rechts vorliegt, die aber nur im Zweifel eintrat, und ferner, daß sie sich nur auf letztwillige Verfügungen bezog. Vgl. Windscheid I. §. 92.

4) Das L. R. I. 4. §§. 112. 113 verfällt den Worten nach in das dem römischen Rechte entgegengesetzte Extrem durch die absolute Bestimmung: „es kommt dem bedingungsweise Berechtigten nicht zu Statten, wenn gleich der Dritte den Vortheil ausschlägt." Auch dem Landrechte gegenüber wird uns aber die aus den Umständen erkennbare entgegengesetzte Absicht des Testators höher stehen müssen, als die gesetzliche Interpretationsregel.

5) Oben §. 86 Anm. 4. Ist von Seiten des Verkäufers die Sache übergeben, und umgekehrt von Seiten des Käufers das Kaufgeld im voraus geleistet worden, so kompensiren sich im Falle des Ausfallens der Bedingung der Regel nach die Früchte und Zinsen der Zwischenzeit L. R. I, 11. §. 260.

6) Bei dieser Kontroverse ist es vor Allem wichtig, die Frage bestimmt zu stellen, damit man nicht den Freund als Gegner bekämpfe und umgekehrt. Ist unter Rückziehung der Bedingung zu verstehen, daß der bedingt Berechtigte so behandelt werde, als hätte ihm von vornherein auch der Genuß des Rechts gebührt, so daß die Früchte und Nutzungen der Zwischenzeit ihm zukommen, oder bedeutet die Rückziehung nur, daß das Recht, nicht aber, daß dessen Genuß von Anfang an datirt? In

Digitized by Google

Damals wurde sie bereits durch den bestimmten Willen der Parteien unter der Voraussetzung des Eintrittes der bedingenden Eventualität geschaffen. Damals also wuchs einerseits bereits dem Vermögen des bedingt Berechtigten ein Aktivum zu, und wurde andererseits der bedingt Verpflichtete mit einem Passivum belastet, zwar nur eventuell, aber unter einer Eventualität, die später eingetreten ist.[7] Daher müssen z. B. bei Berechnung des Betrages einer Erbschaft die bedingten Forderungen für den Fall des Eintrittes der Bedingung eingerechnet werden, obgleich der Moment des Todes des Erblassers für die Berechnung maßgebend ist. Nicht weniger wird eine bedingte Forderung, welche einem in der Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten erwächst, gemeinschaftlich, wenn auch die Bedingung erst nach Aufhebung der Gemeinschaft eintritt.[8] Aus denselben Gründen geht ein bedingt begründetes dingliches Recht dem während der Schwebezeit der Bedingung bewilligten unbedingten Rechte an derselben Sache im Falle der Existenz der

---

ersterem Sinne scheinen unter Anderen die Verfasser des Landrechts die Rückziehung genommen zu haben, wie dies aus L. R. I, 4. §. 141 hervorgeht, und in diesem Sinne ist es zu verstehen, wenn Suarez äußert: „Die Doctores haben noch den Satz, daß conditio existens retrotrahirt werde, diesen halte ich weder für richtig noch nöthig." Geben wir aber zu, daß die in der Bedingung liegende Befristung den Anspruch auf die Vortheile der Zwischenzeit ausschließt, so bleibt immer die principielle Frage, ob eine bedingte Willenserklärung aufzufassen ist als ein nur präparatorisches Element der beabsichtigten Rechtsveränderung, welche sich erst mit der Existenz eines zweiten Moments, dem Eintritte der Bedingung, vollzieht, oder ob jene Rechtsveränderung als von vornherein fertig geschaffen anzusehen ist, unter der Voraussetzung des Eintritts der Bedingung. Diese letztere Auffassung liegt im Willen der Kontrahenten, die eben um deswillen bereits im voraus kontrahiren, um ihre Person resp. das Objekt des Geschäfts für den Fall des Eintritts der Bedingung bereits jetzt zu binden, da sie sonst den Eintritt der als Bedingung gesetzten Eventualität vor dem Kontraktsschlusse hätte erwarten können. Daher denn der römische Jurist treffend äußert l. 11. §. 1. D. qui pot. 20, 4 „cum semel conditio existit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset." Diese Behandlung der Sache hat einen schicklichen und prägnanten Ausdruck bei uns in der Bezeichnung der „Rückziehung der Bedingung" gefunden. So auch Savigny III, S. 151 ff., Vangerow I, §. 95 sub II, Wächter II, S. 701 ff., Unger II, §. 82 Anm. 65 Neuerdings hat allerdings Windscheid: Die Wirkung der erfüllten Bedingung Basel 1852 Band. I, §. 91 das Princip der Rückziehung in Abrede gestellt. Windscheid spricht vielmehr von einer Aussicht, die dem bedingt Berechtigten nicht mehr verbracht werden könne, und von einer Gebundenheit des bedingt Verpflichteten, welche sich dann in eine Gebundenheit des Objektes umsetzt. Damit beschreibt er die Erscheinungen der Rückziehung, ohne sie auf einen einheitlichen Gesichtspunkt zurückzuführen und principiell zu motiviren. Von preußischen Schriftstellern sind gegen die Rückziehung u. A. Bornemann I, S. 167 ff., Koch P. R. §. 119, Förster I, §. 36. Die neueste Litteratur über die Frage stellt zusammen Adickes Bedingungen S. 92 ff.

7) Wegen einer bedingten Forderung war die actio Pauliana der Römer statthaft, vgl. l. 27 pr. D. qui et a quibus 40, 9, und sind bei uns unsere verwandten Rechtsmittel zu Gunsten der Gläubiger zulässig.

8) l. 27. D. pro socio 17, 2, cfr. l. 78. pr. D. de V. O. 45, 1. Eine unter Brautleuten gemachte bedingte Schenkung ferner, deren Bedingung erst während des Ehestandes eintritt, ist keine Schenkung „unter Ehegatten."

Digitized by Google

Bedingung anerkanntermaßen vor.[9] Praktische Verwirklichung erhält indessen das bedingte Geschäft allerdings der Regel nach erst mit Eintritt der bedingenden Eventualität.[10] Denn es schließt das bedingte Geschäft regelmäßig eine Befristung bis zum Eintritte der Bedingung in sich.[11] Trotz der Rückziehung kommen also die Vortheile der Zwischenzeit, insbesondere Früchte und Zinsen, dem bedingt Berechtigten nicht zu Gute. Aus gleichem Grunde entsteht das regelmäßige Klagrecht des bedingt Berechtigten erst mit Eintritt der Bedingung.

§. 90. Auflösende Bedingung.

Da die römische Resolutivbedingung nichts anderes war, als ein von einer Suspensivbedingung abhängiger Nebenvertrag der Aufhebung des Hauptgeschäfts, so wirkte sie, wie jede andere Suspensivbedingung, im Falle ihres Eintritts rückwärts und führte Anullirung des Hauptgeschäfts von Anfang an (ex tunc) herbei.[1]

Nach preußischem Rechte hingegen gilt die unter einer auflösenden Bedingung bestellte Berechtigung der Regel nach als eine für den Fall des Eintritts der Bedingung zeitlich begrenzte.[2] Die Resolutivbedingung wirkt daher ex nunc.[3] Ein Zurückgreifen in die Vergangenheit, um Rechtsverhältnisse, welche einmal bestanden und Wirkungen übten, hinterher gleichsam

---

9) Die herrschende gemeinrechtliche Meinung nimmt an, daß die Rückziehung ausgeschlossen sei, wenn die Erfüllung der Bedingung von der Willkür des bedingt Belasteten abhängt, vgl. z. B. Bangerow I, §. 95. II, 1. c. Diese Ansicht ist in das Landrecht übergegangen I, 4. §§. 109. 110. Denn hiernach soll der solchergestalt bedingt Verpflichtete in der Zwischenzeit auch über den Gegenstand des Geschäfts zu Gunsten Dritter dinglich verfügen können, hingegen soll er vollen Schadensersatz mit Rücksicht auf das etwa von der Gegenseite Empfangene leisten, wenn er den Eintritt der Bedingung noch herbeiführt, nachdem er solcher Gestalt zu Gunsten Anderer disponirt hat. Eine innere Begründung hat dieser Rechtssatz nicht, vgl. auch Windscheid I, §. 89 Anm. 15.

10) L. R. I, 4. §. 102. cfr. I, 11. §. 258.

11) So mit Recht Fitting Archiv für civ. Pr. Bd. 39. S. 331, Bangerow I, §. 95. Es ist dies aber dann nicht der Fall, wenn der bedingt Berechtigte sofort in den Genuß der bedingt versprochenen Sache gesetzt wurde.

1) Doch sind die Ansichten der Schriftsteller hierüber getheilt. Namentlich streitet man darüber, ob die Resolutivbedingung nach römischem Rechte auch dingliche Rückwirkung habe, was indessen herrschende Ansicht ist. Vgl. Bangerow I. §. 96 Anm. Windscheid I. §. 91. Anm. 3.

2) In der Schwebezeit der Bedingung wird das Geschäft wie ein unbedingtes behandelt. Recht auf Sicherstellung hat der Rückfallsberechtigte nur, wenn der Gegentheil durch seine Maßnahmen die Restitution faktisch unsicher macht. L. R. I, 4. §§. 121—125. Für die Erfüllung gilt die Regel von I, 4. §. 104, vgl. §. 119.

3) L. R. I, 4. §. 115. „Der Berechtigte verliert sein Recht mit dem Augenblicke, wo die Bedingung zur Wirklichkeit gelangt." Es sind daher der Regel nach die während der Schwebezeit gezogenen Nutzungen auch nach dem Eintritte der Bedingung nicht herauszugeben.

Digitized by Google

von der Wurzel heraus auszutilgen, gilt nicht als beabsichtigt, wie es auch der Rechtssicherheit nicht ersprießlich und deshalb unserm Verkehr nicht geläufig ist. Immerhin ist auch nach preußischem Rechte eine Anordnung der Parteien möglich, nach welcher die Resolutivbedingung die Wirkungen des Geschäfts rückwärts hin beseitigen soll.[4]

Wird Eigenthum unter einer Resolutivbedingung übertragen, so soll dasselbe nach der Bestimmung des Landrechts nicht von selbst mit deren Eintritt erlöschen, vielmehr entsteht in Folge derselben nur die Pflicht der Rücktradition. Die auflösende Bedingung begrenzt hier also streng genommen nicht die Dauer des Eigenthums, vielmehr knüpft sich an dieselbe nur ein Rückforderungsrecht, welches dann aber wiederum durch Eintragung ins Grundbuch einen dinglichen Charakter erhalten kann und auch sonst nach allgemeinen Grundsätzen im Falle ihrer Kenntniß Dritte verbindet[5]

§. 91. Uneigentliche Bedingungen.

Bestimmungen mit der äußeren Form der Bedingungen, welche indessen nicht den Zweck der Vorsorge für ungewisse, künftige Eventualitäten haben, nennen wir uneigentliche Bedingungen. Zu diesen gehören namentlich diejenigen Bedingungen, welche nicht auf die Zukunft, sondern auf Thatsachen der Vergangenheit oder der Gegenwart gestellt sind.[1] Das Geschäft ist hier niemals in der Schwebe, vielmehr steht die Frage seiner Wirkung oder Nichtwirkung von vornherein objektiv fest, wenn auch die Kontrahenten subjektiv hierüber noch im Ungewissen sind. Daher kommt im Falle der Richtigkeit des als Bedingung gesetzten Umstandes dem Berechtigten auch der Vortheil zu, der vom Kontraktschluß an bis zu dem Momente aufläuft, in welchem die Richtigkeit der bedingenden Thatsache bewiesen werden kann.[2]

---

4) L. R. I, 4. §. 116. Es müssen in diesem Falle die in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen herausgegeben werden. Eine solche Bestimmung ist aber unzulässig, falls die Resolutivbedingung zum Inhalte hat, daß der Berechtigte den Wittwenstand nicht ändere nach L. R. I, 4. §. 120, da die Herausgabe der Nutzung einen vom Gesetze mißbilligten Zwang zur Ehelosigkeit herstellen würde. Vgl. oben §. 78 Anm. 2.

5) L. R. I, 11. §§. 262—265. Anders Koch P. R. I, §. 119 in fine.

1) L. R. I, 4. §. 140 ff. Fitting Archiv für civil. Praxis Bd. 39 S. 305 ff. will auch conditiones in praeteritum und in praesens collatae als eigentliche Bedingung angesehen haben, wenn sie formell auf die Zukunft gestellt sind. Dies entspricht indessen der Auffassung der Bedingungen im römischen Rechte nicht, wie hier freilich nicht nachzuweisen ist, auch das Landrecht behandelt diese Bedingungen als uneigentliche.

2) Das L. R. drückt dies aus I, 4. §. 142: es erstrecke sich „die rechtliche Wirkung" auf die Zeit des Kontraktsschlusses zurück, womit eben die Herausgabe der Nutzungen der Zwischenzeit gemeint ist.

Digitized by Google

Uneigentlich sind ferner die nothwendigen Bedingungen,[3] deren künftiger Eintritt gewiß ist, da sie höchstens eine Zeitbestimmung enthalten. Desgleichen die unmöglichen Bedingungen,[4] welche die Willenserklärungen, die sie zu bedingen scheinen, vernichten, und zwar nach preußischem Rechte die Erklärungen von Todeswegen nicht weniger, wie die unter Lebenden.[5] Endlich sind uneigentliche Bedingungen die unsittlichen, welche auch nach preußischem Rechte nur Geschäfte unter Lebenden ungültig machen, bei einseitigen Verfügungen von Todeswegen hingegen gestrichen werden.[6]

Ungehörige Bedingungen weiter sind die unverständlichen. Sie entkräften Willenserklärungen unter Lebenden, wie auch von Todeswegen.[7] Ungehörig sind aber auch die völlig unnützen Bedingungen. Sie gelten im Zweifel als nicht ernstlich gemeint. Lebt freilich der Erklärende noch und hält sie aufrecht, so nimmt das Landrecht an, daß der Ernst der Satzung hierdurch erwiesen sei; ist der Erklärende aber verstorben, ohne sich über den Zweck der Bestimmung geäußert zu haben, so gelten sie als nicht geschrieben.[8]

§. 92. Bedingung künftigen Wollens des Schuldners.

Die Parteien machen unter Umständen beim Kontraktschlusse das Geschäft noch von der künftigen freien Erwägung dessen, der sich verpflichtet, also von dessen erneutem Wollen abhängig. Das so als Bedingung gesetzte Wollen bedarf dann nicht noch einmal derjenigen Form, welche für die Willens-

---

3) L. R. I, 4. §. 126. l. 9. §. 1. D. de novat. 46, 2. Die sogenannten negativ unmöglichen Bedingungen (in non faciendo impossibiles) l. 50. §. 1. D. de her. inst. 28. 5 sind nothwendige. L. R. I, 4. §. 130.

4) L. R. I, 4. §. 129 bezeichnet ganz richtig als unmögliche Bedingungen ebensowohl diejenigen, welche nach dem natürlichen Laufe der Dinge überhaupt als diejenigen, welche nach der besonderen Beschaffenheit und den Verhältnissen dessen, dem sie gemacht sind, nicht eintreffen können — von Savigny III. S. 165 unerschwingliche Bedingungen genannt — cfr. l. 4. §. 1. D. de statu liberis 40, 7, ut eo tempore is, qui manumissus est, vivere non possit. Die bloße Schwierigkeit ihres Eintritts macht freilich die Bedingung nicht zur unmöglichen. Der physischen Unmöglichkeit steht die rechtliche gleich; l. 137. §. 6. D. de V. O. 45, 1.

5) L. R. I, 4. §. 131. I, 12. §§. 504—507. Dagegen §. 10. J. de her. inst. 2, 14.

6) L. R. I, 4. §. 137. I, 5. §. 227. I, 12. §. 63. Ueber den Begriff der unsittlichen Bedingungen u. A. Fitting, Archiv f. c. Pr. Bd. 56 S. 402.

7) L. R. I, 4. §. 132. I, 12. §. 64. Hierher können auch die perplexen Bedingungen gezählt werden, d. h. an sich mögliche Bedingungen, welche aber in ihrer Verbindung mit dem Geschäfte einen logischen Widerspruch herstellen, z. B. A. soll mein testamentarischer Erbe sein unter der Bedingung, daß mein Vermögen meinem Intestaterben verbleibt.

8) Nach dem Entwurf des Gesetzbuches Thl. II. Abth. I. S. 31 Anm. gelten sie als zum Scherz zugefügt. Der Ausdruck: „Der Richter kann sie erlassen." L. R. I, 4. §. 131. ist also nicht genau; der Spruch des Richters ist auch hier deklarativ, nicht konstitutiv. Demnach kann die Unverbindlichkeit auch excipiendo geltend gemacht werden. A. Ansicht Koch P. R. I, §. 118.

Digitized by Google

zustimmung beim Kontraktschlusse selbst gefordert ist, z. B. Schriftlichkeit, ebensowenig einer nochmaligen Acceptation des Mitkontrahenten. Um deswillen hat es einen guten Sinn, die kontraktliche Willenszustimmung des Schuldners in Abhängigkeit zu setzen von der Bedingung des späteren Wollens desselben. Insbesondere hat aber die Geltung dieser Bedingung Wichtigkeit bei zweiseitigen Kontrakten, da es hier oft den Verhältnissen entspricht, den einen Theil fest zu binden, während der andere sich noch die Entschließung frei hält.

Die ältere römische Jurisprudenz jedoch hatte, einem falschen logischen Scheine gemäß, das Princip aufgestellt, daß Kontrakte, bei welchen ein sich Verpflichtender eine Leistung unter der Bedingung „si volam" versprach, unwirksam seien, weil derselbe hier noch gar nicht gebunden schien.[1] Als gleichwohl bei den Römern das Bedürfniß solcher Verträge dringender wurde, haben sie in ihrer Weise den traditionellen Satz der Ungültigkeit der Promissionen, welche noch von dem nackten Willen des Promittenten abhängig waren, nicht angetastet, wohl aber den Parteien die Möglichkeit eröffnet, durch Wahl anderer nur den Worten nach abweichender, innerlich identischer Formeln, z. B. „si placuerit" oder selbst „quum voluerit" ein so bedingtes Geschäft wirksam zu begründen.[2] Es brach sich hiermit in der That ein neuer Rechtssatz Bahn unter scheinbarer, rein äußerlicher Erhaltung des alten Satzes.[3] Diese römische Unterscheidung der verschiedenen Formeln erklärt sich demgemäß nicht rationell, sondern nur historisch.[4]

---

1) l. 8. D. de obl. et act. 44, 7: sub hac conditione, si volam, nulla fit obligatio, pro non dicto enim est, quod dare, nisi velis cogi non possis l. 17. l. 46. §. 3. l. 108. §. 1. D. de V. O. 45, 1. l. 7. pr. D. de contr. emt. 18, 1. l. 13. C. eod. 4, 38.

2) §. 4. J. de emt. 3, 23: emtio .. sub conditione contrahi potest .. veluti si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emtus. l. 46. §. 2. D. de V. O. 45, 1, si ita stipulatus fuero, quum volueris .. inutilem esse, si antequam constituas, morieris. Cfr. l. 68. D. de her. inst. 28, 5. l. 52. D. de cond. 35, 1.

3) Aehnliche Erscheinungen sind im römischen Rechte sehr häufig. Da man z. B. nach älterem römischen Rechte nur den Testamentserben mit Legaten belasten konnte, nicht dessen Erben, so hatte man konsequenterweise das Legat für nichtig erklärt, quum heres meus mortuus erit, do lego. Als sich nun aber später das Bedürfniß solcher Dispositionen dringender geltend machte, erklärte man wenigstens die Legate unter der Bedingung, quum heres morietur, obgleich materiell identisch, für gültig. Virtuell war damit der alte Rechtssatz beseitigt, daß Legate nicht erst vom Tode des Erben abhängig gemacht werden konnten, wenn man ihn auch formell respektirte. Gaj. Inst. III. §. 232.

4) Sehr verschiedene Ansichten siehe bei Windscheid Pand. I. §. 93, welcher mit dem Aufgebote aller Dialektik die römischen Unterscheidungen als in der Natur der Sache begründet darzuthun sucht. Fitting in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 2 S. 203 ff., hat erkannt, daß die römische Jurisprudenz nur dann Richtigkeit der Willenserklärung eintreten lasse, wenn die Bedingung auch ihrem Wortlaute nach auf das reine Wollen des zu Bindenden gestellt sei. Er sucht dies aber aus

Digitized by Google

Aufgabe des neueren Rechts wäre es gewesen, einfach den Gedanken des jüngeren römischen Rechtssatzes herübernehmend, die Geltung der Bedingung des späteren Wollens auszusprechen. Gleichwohl wiederholt das Landrecht die römische Regel, indem es bestimmt,[5] Kontrakte seien wirkungslos, „welche von einer ganz unbestimmten Willkür dessen abhängig seien, welcher durch die Erklärung verpflichtet werden solle," so daß aber ein bestimmtes Ereigniß, welches von dem freien Willen des Verpflichteten abhängt, zur Bedingung gesetzt werden kann. Die innerlich ungerechtfertigte Beschränkung ist durch Interpretation auf das engste Maaß zurückzuführen.

§. 93. Der Endzweck.[1]

Die Entäußerung von Vermögensobjekten zu Gunsten eines Andern, sowie die Uebernahme von Verpflichtungen geschieht nach den Gesetzen des vernünftigen Handelns stets zu einem Zwecke, welchem diese an sich unvortheilhaften Akte als Mittel dienen und welcher dieselben hervorruft. Diese Zwecke sind es, welche die verschiedenen Arten der Geschäfte vorzugsweise individualisiren; das Darlehen z. B. charakterisirt sich dadurch, daß vertretbare Sachen zum Zwecke der Rückgabe einer entsprechenden Summe hingegeben werden, zweiseitige Obligationen dadurch, daß eine Verpflichtung, z. B. zur Zahlung eines Preises, übernommen wird zum Zwecke des Erwerbes eines Gegenanspruches, z. B. auf Lieferung der Kaufsache. Gerade weil in solchen Fällen der Zweck ganz mit dem Wesen des Geschäftes verwachsen ist, fällt er hier weniger in die Augen. Dagegen tritt er hervor, wenn das Geschäft nicht unter die gewöhnlichen Arten fällt, z. B. es wird Jemandem etwas gegeben oder versprochen zum Zwecke der Herstellung oder Erhaltung eines Grabes oder der Reparatur einer Kirche.

Mit dem Zwecke, welcher zunächst das Geschäft hervorruft, der causa der Römer, welchen wir den Hauptzweck oder den primären Zweck des Geschäfts nennen, können sich nun aber ausgesprochenermaßen noch andere in zweiter Linie stehende, beiläufige Zwecke verbinden, welche wir sekundäre oder Nebenzwecke nennen. Es kann z. B. bei einer Schenkung, deren nächster Zweck natürlich dahin geht, den Empfänger zu bereichern, noch weiter der

---

inneren und aus Utilitätsgründen zu rechtfertigen, statt aus der historischen Entwicklung zu erklären.

5) L. R. I. 4. §. 108, auch §§. 109. 110. Vgl. unten Bd. 2. §. 153 Kauf auf Probe.

1) L. R. I. 4. §§. 152—162. I. 12. §§. 508—516. Vergl. Savigny III. §§. 128. 129. Windscheid die Lehre von der Voraussetzung, 1850. Windscheid Pand. I. §. 97. Der Zweck ist zugleich die „Voraussetzung," unter welcher etwas geleistet wird. Dies ist aber bereits etwas Abgeleitetes, weshalb die Bezeichnung als Zweck vorzuziehen ist.

Digitized by Google

Zweck sein, daß die geschenkte Summe zur Erziehung der Kinder des Beschenkten verwendet werde. Solche bloße Nebenzwecke, den sogenannten Modus,[2] zeichnete die Theorie der Römer im Gegensatze zu den Hauptzwecken vielfach aus. Insbesondere dadurch, daß der mit dem Modus Belastete, sowohl bei Geschäften unter Lebenden wie von Todeswegen, den zugedachten Vortheil behielt, trotzdem, daß die Erfüllung des Modus von vornherein unmöglich war oder hinterher durch Zufall unmöglich wurde. Es überwog also den Römern die Möglichkeit der Durchführung des Hauptzweckes die Undurchführbarkeit des zugefügten Nebenzweckes, so daß eine condictio ob causam bezüglich des Geleisteten nicht Platz griff.[3]

Das preußische Recht unterscheidet grundsätzlich nicht in gleich durchgreifender Weise hauptsächliche und beiläufige Zwecke des Geschäfts und zeichnet die letzteren auch nicht durch besondere Namen aus. Es erklärt daher, im Gegensatze gegen das römische Recht, die Rückforderung des Geleisteten schlechthin für zulässig, wenn der ausdrücklich erklärte oder stillschweigend verstandene sekundäre oder primäre Endzweck des Geschäfts in Folge zufälliger Umstände nicht erreicht wird.[4] Jedoch für letztwillige Verfügungen[5] bestimmt das Landrecht, wenn die Erfüllung des zugefügten Endzweckes ohne Schuld des Erben oder Vermächtnißnehmers unmöglich werde, so müsse der Vortheil zu einer anderen Bestimmung verwendet werden, welche der aus der Verordnung oder den Umständen sich ergebenden Absicht des Testators am nächsten komme, falls dies aber nicht geschehen könne, behalte der Honorirte den Vortheil, es wäre denn, daß aus der Verordnung oder den Umständen klar erhelle, daß ihm der Erblasser den Vortheil gar nicht zugewendet haben würde, wenn er die Nichterfüllung des bestimmten Zweckes vorausgesehen hätte.[6] Dies also enthält eine Annäherung an die römische Theorie des Modus.

---

2) Wenn die herrschende Meinung den römischen Modus einfach als die Nebenbestimmung bezeichnet, welche die Verwendung zu einem gewissen Zwecke gebietet, z. B. Puchta Pandekten §. 63, so hebt sie den besonderen Charakter des Modus, wonach er nur einen sekundären Zweck des Geschäfts bezeichnet, nicht hervor. Bei Windscheid l. c. aber tritt der Modus völlig zurück hinter dem allgemeinen Begriffe der Voraussetzung — vergl. freilich Voraussetzung n. 66. 68 — womit Windscheid namentlich dem römischen Rechte nicht gerecht wird, welches den technisch sogenannten modus (Tit. Dig. 35, 1. Cod. 6, 45. 8, 55) als ganz eigenthümliches Rechtsinstitut ausbildete.

3) l. 37. D. de condit. 35, 1: quoniam magis legatarium aliquod commodum testator in hoc servo, quam heredem habere voluisset l. 2. §. 7 D. de donationibus 39, 5. l. 8. C. de cond. ob causam 4, 6. l. 8. §. 7. D. de cond. institutionum 28, 7, vergl. Savigny III. S. 235.

4) L. R. I, 4. §. 154.

5) Bei Verfügungen unter Lebenden ist es hinreichend, wenn der Geber ein Jahr lang wissentlich die Erfüllung durch etwas Anderes geschehen ließ, um dessen Erben die Rückforderung abzuschneiden, L. R. I, 4. §. 159.

6) L. R. I. 12. §§. 510—513. cfr. l 27. D. de cond. 35, 1.

Digitized by Google

Als Endzweck behandelt das Landrecht auch die Vorschrift über die Verwendung einer Gabe, welche bloß den eignen Vortheil des Empfängers zur Absicht hat, so daß im Falle des Ungehorsams ein Rückforderungsrecht eintritt;[7] das römische Recht hingegen war geneigt, solche Vorschriften als bloßen Rath aufzufassen, welcher keine juristische Folge hatte.[8]

Ist Jemandem etwas zu einem Endzwecke zugewendet, so tritt er der Regel nach sofort in die Ausübung und in den Genuß des ihm bewilligten Rechtes, während dann, wenn die bezügliche Absicht durch die Zufügung einer aufschiebenden Bedingung indirekt erzwungen werden sollte, die Wirkung des Geschäftes bis zu deren Eintritt suspendirt ist.[9] Dem Geber steht das Recht der Rückforderung, falls keine gewisse Zeit zur Erfüllung des Zweckes bestimmt worden ist, von dem Augenblicke an zu, mit welchem dessen Erfüllung unmöglich geworden ist, sonst nach dem Ablaufe der festgesetzten Zeit.[10] Meistens wird aber der Geber auch eine Klage auf Erfüllung haben, da in der Annahme der Gabe zugleich häufig die Uebernahme der Verbindlichkeit Seitens des Empfängers zu sehen ist, der Vorschrift Genüge zu leisten.[11] Diese Erfüllungsklage wird schon mit dem Momente entstehen, in welchem die Ausführung möglich geworden ist und gleichwohl unterbleibt.

Nach römischem Rechte erwarb, abweichend von den gewöhnlichen Grundsätzen über Verträge zum Vortheile eines Dritten, der Dritte, zu dessen Gunsten ein Modus zugefügt war, das Recht, seinerseits auf dessen Erfüllung zu klagen.[12] Im preußischen Rechte existirt eine derartige Ausnahmsbestimmung nicht; der Dritte kann nach dessen allgemeinen Grundsätzen nur klagen, wenn er dem Geschäfte auf Aufforderung in gehöriger Form beitrat.

---

7) L. R. I, 4. §. 152. I, 12. §. 508.

8) l. 13. §. 2. D. de donat. inter v. et u. 24, 1. l. 71. pr. D. de cond. 35, 1. Titio centum, ita ut fundum emat, legata sunt, non esse cogendum Titium cavere, quia ad ipsum duntaxat emolumentum legati rediret.

9) L. R. I, 4. §. 153. Ist in Zweifelsfällen für die Zufügung eines Zweckes oder für eine aufschiebende Bedingung zu präsumiren? Die meisten gemeinrechtlichen Schriftsteller nehmen das Letztere an, weil der Modus die geringere Beschränkung sei. Savigny Bd. III. S. 132. Das Landrecht I, 4. §. 152 hingegen präsumirt einen Zweck nur dann, wenn die Auflage den eigenen Vortheil des Empfängers zur Absicht gehabt habe. In anderen Fällen wird man darnach entscheiden müssen, ob der Empfänger sofort in den Genuß gesetzt wurde oder gesetzt werden sollte, siehe oben §. 87 Anm. 4.

10) Die entsprechende römische Klage war die condictio ob causam. Das Landrecht I, 4. §. 155 bestimmt, daß wenn der Zweck nicht erfüllt wird, hinsichtlich der Rückforderung Alles stattfinde, was in Ansehung der auflösenden Bedingung §. 114 ff. verordnet sei.

11) Die römische actio praescriptis verbis.

12) l. 3. C. de donat. quae sub modo 8, 55 (Diocletianus et Maximinianus). Grundsätzlich hätte es der Stipulation des Dritten bedurft, vgl. Savigny IV, S. 285 ff.

Digitized by Google

III. Die Begründung des Geschäfts.

A. Die Mittel der Erklärung.[1]

§. 94. Allgemeines.

Das Rechtsgeschäft vollzieht sich durch den Akt der Willenserklärung, in welchem sich Wille und Aeußerung einheitlich verbinden. So lange der auf das Rechtsgeschäft gerichtete Wille seine Aeußerung noch nicht gefunden hat, bleibt er willkürlich wandelbarer, rechtlich unwichtiger Vorsatz; die Aeußerung ihrerseits, welche nicht den Ausdruck des Willens bildet, ist bloßer, der reellen Kraft entbehrender Schein. Die theoretische Betrachtung jedoch wird die äußere und innere Seite getrennt untersuchen und zweckmäßig mit der ersten beginnen, welche zunächst ins Auge tritt.

Die Mittel, welche uns zur Versinnlichung unserer Gedanken überhaupt zu Gebote stehen, also schriftliche und mündliche Worte, sowie Handlungen anderer Art, sind auch die der Erklärung des rechtlichen Willens dienstbaren Medien.[2] Der Wortausdruck muß nicht nothwendig korrekt sein. Eine ungenaue oder irrthümliche Bezeichnung des geschlossenen Geschäfts schadet also nicht,[3] desgleichen ist auch eine unzutreffende Benennung der Personen der Kontrahenten oder des Objekts des Geschäfts zulänglich, wenn nur die eigentliche Absicht genugsam trotz derselben erkennbar wird.[4]

---

1) Savigny III, §§. 131—133. Unger II, §. 85.

2) L. R. I, 4. §§. 57. 94.

3) Es wird z. B. ein Geschäft Kaufvertrag genannt, während es seinem Inhalte nach ein Pachtvertrag ist, oder es trägt zwar die Bezeichnung „Wechsel" an sich, ist aber im Rechtssinne kein Wechsel, vielmehr ein kaufmännischer Verpflichtungsschein (Handelsgesetzbuch Art. 300) u. s. f. Wie aber, wenn es sich nicht bloß um eine falsche Benennung handelt, vielmehr die bestimmte Absicht der Parteien gerade auf diejenige Gestaltung des Geschäfts gerichtet war, deren juristische Voraussetzungen fehlen? Es wird im Zweifel anzunehmen sein, daß den Parteien die Rechtswirkung des Geschäfts, nicht dessen Form die Hauptsache war, so daß man es daher gleichwohl in der Weise aufzufassen hat, in der die beabsichtigte Rechtswirkung, sei es ganz oder theilweise, erreicht wird; vergl. l. 8. pr. l. 19. pr. D. de accept. 46, 4, aber auch l. 9 D. de sponsal. 23, 1. l. 1. §. 4. D. de constituta pecunia 13, 5; siehe auch Römer zur Lehre von der Konversion der Rechtsgeschäfte, Archiv für civil. Praxis Bd. 36 n. 4. Mit Unrecht spricht man in solchen Fällen von einer Konversion der Rechtsgeschäfte, da hier das, was vorhanden ist, aufgedeckt, nicht aber umgewandelt wird. Von einer Konversion des Rechtsgeschäfts können wir nur dann reden, wenn einer Patei das Recht gegeben ist, an die Stelle des zunächst beabsichtigten ein von demselben verschiedenes Geschäft durch einen neuen Willensakt zu setzen. Dies war z. B. in Rom der Fall bei der sogenannten Kodicillarklausel, da die Berufung zur Rechtsnachfolge des Verstorbenen als Erbe und der Erwerb als Vermächtnißnehmer, abweichend von der modernen Anschauung, dort als Geschäfte mit principiell verschiedenen Zielen aufgefaßt wurden, so daß durch jene Klausel dem Erben die Befugniß zu wirklicher Konversion der letztwilligen Verfügung durch seine Erklärung gegeben wurde. l. 8. C. de codicillis 6, 36.

4) Statt des persönlichen Namens des Vertragsschließenden wählt der Verkehr nicht selten ein Abstraktum, z. B. ein ihm gehöriges Geschäft oder eine Sache. Es frägt sich, ob dies zur Bezeichnung des Kontrahenten genügt? Das deutsche Han-

Digitized by Google

Drückt bloßes Schweigen zu Handlungen oder Fragen Anderer Zustimmung aus? Dies ist nicht nach einer abstrakten Rechtsregel allgemein zu entscheiden, sondern im Einzelfalle nach dem zu beantworten, was in der bürgerlichen Gesellschaft und nach deren Verkehrssitte herkömmlich ist.[5] Schweigen ist hiernach in dem Falle Zustimmung, wenn nach der öffentlichen Meinung, insbesondere aber nach der Auffassung der Berufs- und Standesgenossen ein vernünftiger und ehrlicher Mann eine Ablehnung ausgesprochen hätte, falls er nicht einverstanden gewesen wäre. Demgemäß überläßt das römische und gemeine Recht die Beurtheilung bloßen Schweigens der vernünftigen Abwägung des Richters.[6] Das Landrecht hingegen will Schweigen nur dann als Zustimmung angesehen haben, falls die Gesetze dies besonders vorschreiben.[7] Jedoch sind die besondern gesetzlichen Normen nach den angegebenen Principien auszudeuten.[8]

---

delsgesetzbuch Art. 15, wie die Wechselordnung Art. 4 sub 5, hat den Brauch der Kaufleute anerkannt, wonach die von ihnen gewählte Firma der Name ist, unter dem sie ihre Handelsgeschäfte betreiben. Auch Verträge unter einer unbefugterweise gewählten Firma berechtigen und verpflichten sie. Für andere Fälle hingegen behauptet das Obertribunal Entsch. Bd. 4 S. 194, wie auch Koch L. R. I, 5. §. 1 die Ungültigkeit des Geschäfts, falls statt des Namens des Kontrahenten willkürliche Benennungen angewendet würden. Dies erscheint uns für den Fall unrichtig, daß über die Absicht kein Zweifel sein kann. Insbesondere würde z. B. ein Geschäft, welches das „Rittergut" oder das „Domanium B." über den Verkauf seiner Produkte abschließt, in gültiger Weise dessen Eigenthümer verpflichten und berechtigen. Durch die Anforderung der Schriftlichkeit wird dies wohl nicht geändert, siehe unten §. 97 Anm. 6. Daß eine falsche Benennung der Person nicht schadet, darüber vgl. l. 8. §. 2. D. de b. p. s. t. 37, 11. l. 4. C. de test. 6, 23, ebenso steht es mit der Bezeichnung des Objekts; siehe jedoch die — sehr bestreitbare — Distinktion römischer Juristen in l. 4. pr. D. de legat. I.

5) Savigny freilich Bd. III. §. 132 nimmt an, Schweigen sei in der Regel nicht als Einwilligung betrachtet worden; hiervon kämen nur einzelne Ausnahmen ganz positiver Natur in den römischen Quellen vor, welche nicht auszudehnen seien. Dies ist unrichtig; die bezüglichen Entscheidungen der römischen Juristen sind einzelne Folgerungen aus der Natur der Verhältnisse. Der Ausspruch von Paulus, auf welchen sich Savigny stützt, libro 56 ad edictum l. 142 D. de R. J. 50, 17: qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare, hat trotz des Scheines der Allgemeinheit eine specielle Beziehung auf die römische confessio in jure. Wir können ihn im preußischen Rechte etwa so paraphrasiren: wer schweigt, giebt kein Anerkenntniß, welches einer Agnitoria zur Grundlage dienen kann, aber er leugnet doch die Klagethatsachen nicht, so daß sie der rechtsprechende Richter als wahr annehmen muß.

6) Leichter wird Schweigen als Zustimmung auszudeuten sein, falls man bei der Erklärung eines Andern gegenwärtig ist, ohne zu widersprechen, als wenn man in der Ferne von derselben Kunde erhält und schweigt. Vergl. z. B. l. 4. §. 3. D. de fidejuss. et nominat. 27, 7. l. 2. C. si aliena res 8, 16. Der Absendung von Briefen oder Boten bedarf es nur unter besonderen Umständen, vgl. jedoch l. 16. D. de S. C. Maced. 14, 6.

7) L. R. I, 4. §. 61. Den Vorschriften des Landrechts liegt das ausgeführte Princip zu Grunde. L. R. I, 9. §. 332. I, 11. §. 133. I, 13. §. 14. 126. 146. 247. I, 22. §. 43 ff. und a. a. O.

8) Ungesäumte Ablehnung von Anträgen unter dem Präjudiz der Genehmigung fordert H. G. B. im Fall des Art. 323. Abs. 1, Art. 339. Abs. 4, Art. 347.

Digitized by Google

Die Erklärung ist bald eine unmittelbare oder, wie das Landrecht sie bezeichnet, eine *ausdrückliche*, wenn sie gerade die Bestimmung hat, den auf das fragliche Geschäft gerichteten Willen zu äußern;[9] bald ist sie eine mittelbare oder nach der gesetzlichen Terminologie eine *stillschweigende*, wenn sie zwar zunächst einen andern Zweck hat, dieser aber jenen Willen bedingt. Der Schluß von dem Einen auf das Andere muß nicht auf logischer Nothwendigkeit beruhen, aber auch bloße Wahrscheinlichkeit reicht für denselben nicht hin; vielmehr ist gefordert, daß er sich nach der Art, wie die Menschen in der Regel verfahren, mit Zuverlässigkeit machen läßt.[10] In nicht wenigen Fällen schreibt das Gesetz vor, was bis zum Beweise des Gegentheils als wahr anzusehen ist. Dann spricht man von vermutheten Willenserklärungen.[11] Eine ausdrückliche Erklärung ist nicht nur durch Worte, sondern auch durch Handlungen möglich,[12] indem sich z. B. ein Kaufgeschäft ohne Worte im Mitnehmen von Waaren aus einem Verkaufslokal unter Hingabe eines Geldpreises unmittelbar ausdrücken kann. Umgekehrt kann eine stillschweigende Erklärung nicht nur in Handlungen und Unterlassungen,[13] sondern auch in Worten liegen, wie z. B. die ausdrückliche Ermächtigung zur Veräußerung einer auf unsere Rechnung ohne Vollmacht gekauften Waare die Genehmigung ihres Ankaufs stillschweigend enthält.

Für manche Geschäfte verlangt das Gesetz eine ausdrückliche Erklärung, um sich volle Gewißheit über den rechtlichen Willen zu verschaffen. Häufig schreibt dasselbe aber auch eine besondere Weise der Willensäußerung, mit anderen Worten eine *Form* für die Vornahme einer rechtlichen Handlung vor. Die Nichtbeachtung der Form kann den Mangel der Klagbarkeit des

---

Abs. 2 ff. Art. 364. Abs. 2. Aus diesen Bestimmungen ist nicht das Princip zu entnehmen, daß schlechthin im Handelsverkehr Stillschweigen als Zustimmung zu Anträgen gelte, vielmehr ist dies nur unter den im Text entwickelten Voraussetzungen der Fall, vgl. R. O. H. G. Bd. 1. S. 76. Bd. 2. S. 91. Bd. 12. S. 1. S. 102. Bd. 14. S. 13. Bd. 15. S. 97 und a. a. O. Unter Anderem wird man hiernach in der Regel Zustimmung unterstellen müssen, wenn bei einem bestehenden Auftrags- oder Kontokorrentverhältniß der eine Theil die von dem andern vorgeschlagnen gemeinen Bestimmungen und Abänderungen stillschweigend hinnimmt, ferner wenn ein Kontrahent seine Auffassung eines anerkanntermeise geschloßnen mündlichen Vertrags behufs der Feststellung der Uebereinkunft dem andern Theil schriftlich mittheilt und dieser einen Widerspruch nicht unverzüglich kund giebt. R. O. H. G. Bd. 11. S. 432. Bd. 15. S. 97. Ueber die widerspruchlose Annahme einer Faktura vgl. unten Bd. 2. §. 133.

9) L. R. I, 4. §. 57 fordert zur Ausdrücklichkeit „Worte und deutliche Zeichen," dieselben müssen aber unmittelbar den fraglichen Willen erklären. So Entsch. des O. Trib. Bd. 71. S. 220. R. O. H. G. Bd. 12. S. 55. Bd. 16. S. 183. S. 300 und a. a. O.

10) L. R. I, 4. §. 58.

11) L. R. I, 4. §§. 63. 64. Vgl. unten §. 128.

12) L. R. I, 4. §. 65. Vgl. Striethorst Bd. 70. S. 106. Bd. 97. S. 161.

13) R. O. H. G. Bd. 17. S. 394.

Digitized by Google

Geschäfts, sie kann selbst Nichtigkeit desselben bewirken, aber auch andere Folgen finden sich festgestellt.[14] Nichtigkeit soll, wie das Landrecht ausdrücklich vorschreibt, nur dann angenommen werden, wenn dies das Gesetz besonders bestimmt.[15 16]

§. 95. Schriftlichkeit. Einleitung.[1]

Daß der Inhalt wichtiger Rechtsgeschäfte nicht bloß durch das rasch verflüchtigte, dem Mißverstehen und Vergessen ausgesetzte mündliche Wort festgestellt werde, daß er sich vielmehr durch schriftliche Aufzeichnung treu und sicher in die Zukunft hinein erhalte, liegt, wie im Interesse der Kontrahenten selbst, so auch in dem der Allgemeinheit, da die spätere gerichtliche Ermittelung bloß mündlicher Verabredungen auf Grund schwankender, nicht selten widersprechender Zeugenaussagen im Streitfalle oft zu weitläufigen und langwierigen Processen führen muß.

---

14) Zur Zeit des Landrechts zog der unterlassene Gebrauch des Stempels Nichtigkeit des Geschäfts nach sich, vergl. Edikt vom 8. Februar 1770 N. C. C. IV. p. 6669 ff., wovon jedoch durch L. R. I, 12. §. 159 für letztwillige Verfügungen eine Ausnahme gemacht würde. Auch das Stempeledikt vom 20. November 1810 Art. 11 bestimmte unter Beibehaltung dieser Ausnahme, daß die Folge des Mangels des Stempels Unzulässigkeit einer Klage und Verlust des Beweismittels sei. Seit der Deklaration dieses Stempelgesetzes vom 27. Juni 1811 §. 5 ist aber die Folge des Nichtgebrauchs nicht mehr Nullität der Verträge, sondern nur noch Stempelstrafe.

15) L. R. I, 3. §§. 40. 41, A. G. O. II, 1. §. 11, jedoch L. R. I, 5. §. 109. 110. Nicht selten, z. B. bei der Abfassung des Testamentes im L. R. I, 12. §. 159, sowie Anh. §. 33 zu L. R. I, 12. §. 139, werden die wesentlichen Formen, deren Vernachlässigung eine Urkunde nichtig macht, unterschieden von unwesentlichen, wie Beidrücken des Gerichtssiegels, Vermerk der Zeit der Uebergabe des Testamentes an den Richter. Auch das Notariatsgesetz vom 11. Juli 1845 §. 40 ff. unterscheidet gewisse Formen als wesentliche so, daß in deren Ermangelung die Urkunde wenigstens nicht die Kraft einer notariellen hat, und andere, welche die Kraft nicht bedingen, die aber der Notar zu befolgen hat. Neuere gemeinrechtliche Schriftsteller lehren gewöhnlich, z. B. Windscheid I §. 72 Anm. 2 schlechthin, daß die Folge der Vernachlässigung der vorgeschriebenen Form Nichtigkeit sei. Aeltere Praktiker hingegen nahmen an, daß solennitas accidentalis non semper vitiat actum: Mevius p. 6 decis. 81 n. 2.

16) Gemäß der oben §. 28 Anm. 10 und 11 entwickelten Grundsätze genügen für Geschäfte, die im Auslande geschlossen werden, die ausländischen Formen; es sind aber auch die inländischen Formen für Geschäfte von Preußen hinreichend trotz der entgegenstehenden Wortfassung von L. R. I, 5. §§. 111. 112, da der Gesetzgeber gewiß nicht den Willen hat, Geschäften die Rechtsfolge zu versagen, die sich seinen Anforderungen konformirt haben. Es genügt z. B. für einen Vergleich über rückständige Alimente, welchen ein Preuße im Auslande geschlossen hat, die Schriftform, wenn auch am Vergleichsorte die gerichtliche Bestätigung zur Gültigkeit eines solchen Vertrages in Gemäßheit des römischen Rechts gefordert wird; es ist ferner ein in England ohne Stempel von einem Preußen errichtetes Geschäft nach unserm Rechte gültig, obgleich dasselbe nach englischem Rechte wegen Verabsäumung der Form des Stempels nichtig wäre. Eine positive Ausnahme von der Regel, daß die ausländischen Formen für Geschäfte, die sich im Auslande vollziehen, genügen, trifft das L. R. I, 5. §. 115 für Geschäfte, deren Gegenstand Immobilien sind, ihretwegen ist vielmehr die Form des locus rei sitae zu beobachten. Eine besondere Bestimmung ist weiter, daß bei Verträgen unter Abwesenden, die durch Korrespondenz geschlossen

Digitized by Google

Durch solche Erwägungen geleitet versuchte Friedrich der Große die schriftliche Errichtung der Rechtsgeschäfte unmittelbar zu erzwingen, von der man freilich auch eine finanzielle Einnahme erwartete. Nachdem zuvörderst das erneuerte Stempeledikt vom 13. Mai 1766 Schriftlichkeit für Kauf-, Pacht- oder Miethsverträge über Immobilien vorgeschrieben hatte, falls der Betrag des Geschäfts 50 Thaler überschritt,[2] verlangte in genereller Weise die Verordnung vom 8. Februar 1770 bei Strafe der Nichtigkeit schriftliche Errichtung für alle Verträge über mehr als 50 Thaler Werth.[3] Die einseitige Erfüllung eines zweiseitigen, bloß mündlichen Kontrakts sollte nach dieser Verordnung keinerlei Anspruch auf eine Gegenleistung, ja sogar keine condictio auf Rückgabe des Geleisteten begründen, so daß nicht einmal von der einen Seite gezahlte Gelder zurückgefordert werden konnten, wenn von der andern Seite nichts geleistet wurde.[4] Nur die Eigenthumsklage sollte demjenigen, welcher eine bewegliche Sache zur Erfüllung des mündlichen Vertrages gegeben hatte, binnen der Zeit von 6 Monaten und zwar nur gegen den Empfänger selbst zustehen, insofern die Sache bei diesem noch existirte. Indessen auch diese gewaltsame Strenge zwang den Verkehr nicht vollständig zur Beobachtung der vorgeschriebenen Form; es wendete sich vielmehr das Rechtsgefühl gegen die Treulosigkeit dessen, welcher die Erfüllung des mündlichen Vertrages Seitens des vertrauenden Mitkontrahenten zu dessen Uebervortheilung ausbeutete. Daher verfügte schon das Reskript vom 10. März 1781[5] — unter den Eingebungen des neuen Chefs der Justiz Carmer — daß, wer seinerseits aus einem mündlichen Vertrage erfüllt habe, verlangen könne, daß der Gegentheil entweder den Kontrakt schriftlich errichte oder das Gegebene oder Geleistete restituire oder dafür Ersatz gebe. Hiermit war

---

werden, falls sich in den verschiedenen Wohnorten Verschiedenheit der Formen findet, das Recht des Ortes gelten soll, nach welchem das Geschäft am besten bestehen kann. L. R. I, 5. §. 113. Eine ganz specielle Anwendung, nicht aber eine Beschränkung des Grundsatzes der §§. 111 u. 112 enthält L. R. I, 5. §. 148.

1) L. R. I, 5. §. 116 ff. Arndts in Ulrichs Archiv Bd. I, S. 132 ff. Bornemann Erörterungen I, S. 144 ff. Franz, über das System der Schriftlichkeit bei Gruchot Bd. 13 S. 75 ff.

2) Stempeledict §. 2. N. C. C. Thl. 4. S. 404.

3) N. C. C. Thl. 4. S. 6670. Ausgenommen waren jedoch gewisse Kontrakte, so das depositum miserabile, das receptum der Gastwirthe, Fuhrleute und Schiffer, Handelsgeschäfte der Kaufleute in gewissem Maße, beiderseitig sofort erfüllte Verträge über bewegliche Sachen.

4) Demgemäß existirte auch keine Klage des Vermiethers auf den Miethzins, wenn der Miether oder Pächter auf Grund eines mündlichen Vertrages in den Genuß der Miethsache gewiesen war; es konnte der Miether, welcher praenumerando den Miethzins bezahlt hatte, denselben auch dann nicht zurückfordern, wenn ihm die Miethsache nicht in Folge des mündlichen Vertrages prästirt oder wenn sie ihm vorzeitig entzogen wurde.

5) N. C. C. Thl. 7 S. 3301.

Digitized by Google

denn die Rückforderung einer zur Erfüllung eines mündlichen Vertrages gegebenen beweglichen Sache der Beschränkung auf die Zeit von 6 Monaten enthoben[6] und wiederum binnen der gewöhnlichen Verjährungsfrist zulässig. Indem man aber so die Schroffheit der ursprünglichen Bestimmungen milderte, legte man andererseits den Grund zu einem künstlichen kasuistischen Systeme, reich an Kontroversen aller Art, die sich im Landrecht noch weiter entwickelten, welches auf diesem Rechtszustande fortbaute.

Hiermit mußte sich aber der Eindruck des Gebotes der Schriftlichkeit auf den Verkehr wesentlich abschwächen. Trotz des Gesetzes bewegte sich derselbe zu einem großen Theile in mündlichen Rechtsgeschäften, indem man theils die mit der Schrifturkunde verbundene Stempelpflichtigkeit scheute, theils die Umständlichkeit schriftlicher Aufzeichnung für unnöthig erachtete, da man der Loyalität des andern Theils vertraute. Kam es dann zum Processe, so machte die Frage der Unumgänglichkeit der Schriftform und die Bestimmung der Folgen ihrer Unterlassung oft kaum weniger Schwierigkeit als die Ungewißheit mündlicher Verabredungen hätte bewirken können. Die Erfahrungen eines Jahrhunderts zeigen, daß der direkte und allgemeine Zwang zur Schriftlichkeit der Willenserklärungen mit Nachtheilen verknüpft ist, welche die erzielten Vortheile aufwiegen. Daher geht die Richtung der neueren Zeit darauf, es auch hier dem Verkehre zu überlassen, das dem Bedürfnisse Entsprechende selbst vorzukehren. Dieser Tendenz folgte insbesondere die neuere handelsrechtliche Gesetzgebung, welche die Handelsgeschäfte für die Regel von der Nothwendigkeit der Schriftlichkeit befreite[7] und damit in das System des Landrechts einen tief greifenden Bruch machte.

Mit dem Verzicht auf den direkten Zwang zur Schriftlichkeit ist deren indirekte Förderung durch die Gesetzgebung keineswegs ausgeschlossen. Die neuere Gesetzgebung begünstigt die Schriftlichkeit bald dadurch, daß sie besondere Vorrechte an dieselbe knüpft,[8] bald indem sie den Kontrahenten unter Umständen das Recht giebt, die Ausfertigung einer schriftlichen Urkunde über den mündlichen Vertrag zu fordern.[9] Auch der Civilproceß kann zweckmäßigerweise indirekt auf die schriftliche Errichtung der Verträge hinwirken. Die französische Gesetzgebung versucht dies in nachdrücklicher Art durch Beschränkung des Zeugenbeweises, falls das Geschäftsobjekt 150 Franken

6) Kleins Annalen II, S. 293.

7) H. G. B. Art. 317. — Ueber den Begriff der Handelsgeschäfte unten Bd. 2. §. 5. Das frühere Recht ergiebt L. R. I, 5. §. 149. II, 8. §. 475 ff.

8) Z. B. das Recht des Privatpfandverkaufs H. G. B. Art. 310. 311, die Rechte des Bodmereigeschäfts H. G. B. Art. 683.

9) H. G. B. Art. 440. 558. 788. Nach der Reichscivilproceßordnung §. 853 kann jede Partei die Errichtung einer schriftlichen Urkunde über einen an sich gültigen mündlichen Kompromißvertrag fordern.

Digitized by Google

übersteigt,[10] manche Theile der deutschen Schweiz durch Verwerfung des Mittels des Schiedseides. Die Reichscivilproceßordnung knüpft an die Begründung eines Geschäfts auf eine bestimmte Zahl von Fungibeln oder Werthpapieren durch Urkunden den Vorzug des Urkundenprocesses.[11]

§. 96. Fälle der Nothwendigkeit der Schrift.

1) Das Edikt von 1770 hatte nur für **Kontrakte** mit dem Zwecke der Begründung von Rechtsansprüchen Schriftlichkeit erfordert, falls sich deren Gegenstand über 50 Thaler belief. Hierauf hatte sich auch der Entwurf des Gesetzbuches von 1784 noch beschränkt.[1] Bei dessen Umarbeitung schien es jedoch den Verfassern des Landrechts folgerecht, auch andere Willenserklärungen über größere Werthobjekte der nämlichen Form zu unterstellen.[2] Demzufolge forderte man jetzt die Schriftlichkeit auch für einseitige Willenserklärungen, deren Wirkungen sich in die Zukunft erstrecken sollen, was sich nach den Materialien des Landrechts besonders auf **Konsense** bezieht, welche zu Rechtsgeschäften Dritter nothwendig sind, sowie auch für **Entsagungen** und Verzichtleistungen auf Ansprüche, die über 50 Thaler Werth haben.[3] Seit sich indessen die preußische Jurisprudenz dem Gesetze gegenüber mit

---

10) Code civil. art. 1341 ff.

11) R. C. P. O. §. 555 ff. vgl. unten §. 139.

1) Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuches Th. II. Abth. I. Tit. 2. §. 100.

2) Zu dem Gesetzbuche war monirt worden: Auch könnte der bloß einseitigen Erklärungen und Versprechungen erwähnt werden, z. B. Quittungen, Konsense. Hierauf bemerkte Suarez in der revisio monitorum: Das Edikt von 1770 redet von Kontrakten, Verträgen und Versprechungen. Hiernach könnte es also scheinen a) als ob bloße Entsagungen eines Rechts der schriftlichen Abfassung nicht bedürfen. Es ist aber das Gegentheil (jetzt L. R. I, 16. §§. 380 u. 381) angenommen, wohingegen b) bei Quittungen scriptura nicht nothwendig erfordert wird; c) es giebt noch viele andere einseitige Erklärungen, wodurch weder etwas versprochen, noch eine Verbindlichkeit erlassen wird, z. B. die Konsense der Agnaten in Lehnssachen, der Konsens der Eltern in die Verheirathung der Kinder, die Entlassung eines Kindes aus der väterlichen Gewalt. Da dergleichen Erklärungen gewöhnlich weiter hinausgehende Folgen haben, so dürfte es wohl rathsam sein, die Regel zu etabliren, daß auch einseitige Erklärungen, insofern die Folgen sich auf die Zukunft hinaus erstrecken, nur durch die schriftliche Abfassung verbindliche Kraft erhalten. Die etwaigen Ausnahmen würden bei den einzelnen negotiis zu bestimmen sein (Mittheilung der Gesetzrevisoren Pens. XIV. Mot. S. 140). Hieraus sind die §§. 133 und 134 unseres Titels hervorgegangen.

3) L. R. I, 5. §. 134: „Zu Entsagungen und Verzichtleistungen, nicht aber zum Beweise der erfolgten Zahlung oder sonstigen Erfüllung einer Verbindlichkeit sind schriftliche Urkunden erforderlich." Dem Wortlaute nach könnte man hiernach Schriftlichkeit auch für Entsagungen im Werthe unter 150 Mark fordern, was u. A. früher Koch Recht der Forderungen Bd. II, S. 176 that; dagegen im Kommentar L. R. I, 5. §. 134. Anm. 15. Jene Auffassung widerspricht indessen nicht nur L. R. I, 16. §. 387, sondern auch der Entstehungsgeschichte des §. 132, nach welchem man Entsagungen nur den Kontrakten gleich stellen, nicht sie mehr erschweren wollte; vergl. oben Anm. 2. Hierüber herrscht denn nun auch allseitige Uebereinstimmung.

Digitized by Google

größerer Freiheit bewegte, hat sie vorzugsweise die Geltung von bloß mündlichen Konsensen[4] und von mündlichen Erlaßverträgen[5] zur Anerkennung zu bringen gesucht.[6]

Nur insoweit bedarf übrigens das Geschäft schriftlicher Beurkundung, als es eine dem Erklärenden nachtheilige Willensverfügung enthält: die Acceptation einer schriftlichen Erklärung hingegen kann, falls es sich nur um den Erwerb von Vortheilen handelt, auch ohne Schriftform geschehen.[7]

---

4) Insbesondere hat das Obertribunal durch einen Plenarbeschluß vom 1. März 1874, Entscheid. des Obertribunals Bd. 14 S. 34 ff. die Bestimmung von L. R. I, 5. §. 133 hinsichtlich der Konsense außer Kraft gesetzt. Die Argumentation des Obertribunals ist wesentlich folgende: Das Gesetzbuch habe nach seiner ursprünglichen Anlage da, wo es die Schriftlichkeit der Konsense wolle, dies auch stets besonders bestimmt, z. B. I, 11. §§. 680. 681. 700. I, 18. §§. 202. 313. I, 20. §. 65 u. a. a. O., in anderen Fällen hingegen habe mündliche Zustimmung genügen sollen. Nun sei zwar der §. 133, welcher der Regel nach Schriftlichkeit der Konsense verlange, noch nachträglich eingeschoben worden; man habe jedoch die einzelnen Bestimmungen nicht hiernach umredigirt, und es seien diejenigen Fälle nicht bezeichnet worden, in welchen ein mündlicher Konsens ausnahmsweise ausdrücklich für ausreichend gelten solle. Bei solcher Sachlage sei nach wie vor, der Intention des Gesetzgebers nach, Mündlichkeit für Konsense genügend, wo Schriftlichkeit nicht besonders vorgeschrieben sei. Es kann nicht unsere Aufgabe sein, eine Argumentation zu widerlegen, welche aus dem Unterlassen der Zufügung von Ausnahmen die Nichtgeltung einer vom Gesetze ausdrücklich aufgestellten Regel folgert. Indem das Obertribunal eine in ihrer Tragweite wohl kaum ganz vom landrechtlichen Gesetzgeber übersehene, jedenfalls das materielle Recht schwer schädigende, unserm Rechtsbewußtsein nicht entsprechende Gesetzesbestimmung außer Kraft setzte, hat es Recht geschaffen, nicht ausgelegt, und wenn es dies unter dem Schutze einer gezwungenen Auslegung des Gesetzes that, so liegt hierin nichts als eine diskrete Form, unter welcher die höchstrichterliche Gewalt von jeher die Ausübung ihrer weitestgehenden Befugniß, nämlich die Abrogation von innerlich unhaltbar gewordenen Gesetzen verhüllt hat. — Kündigungen z. B. von Darlehen, Miethen können nach ausdrücklicher Bestimmung des Landrechts mündlich geschehen. L. R. I, 5. §. 133 wird hiernach auf einseitige Verträge, die contractus unilaterales bezogen. Striethorst Bd. 80 S. 276.

5) Ueber Erlaßverträge vgl. oben §. 85 Anm. 15. Auch Fristbewilligungen enthalten materiell Entsagungen. Dennoch ist von der Nothwendigkeit der Schriftform hier abzusehen, da nicht erhellt, daß man bei Abfassung des Landrechts solche Bewilligungen speciell als Entsagungen auffaßte, und L. R. I, 5, §. 134 jedenfalls nicht über den unzweideutig gewollten Fall hinaus interpretirt wird. Ebenso verhält es sich mit der Ablehnung einer Offerte vor Ablauf der Annahmefrist, unten §. 107, wohl auch dem Abstande von einer erfolgten Kündigung.

6) Eine Analogie kann im römischen Rechte gefunden werden, da dieses aus nackten Verträgen weit früher und umfassender Einreden (die exceptio pacti de non petendo) gab l. 7. §. 7. D. de pactis 2, 14, als es aus solchen Verträgen Klagen entspringen ließ.

7) Eine schriftliche Cession z. B. kann gültigerweise mündlich acceptirt werden. Wie aber, wenn sich bei Abschluß eines zweiseitigen Geschäfts nur der eine Theil, z. B. der Käufer, schriftlich erklärt hat, und der andere Theil, z. B. der Verkäufer, nur mündlich in das Geschäft willigte? Der Käufer, welcher unterschrieben hat, ist hier gebunden, nicht aber der Verkäufer; Präj. des Obertribunals n. 292. Es liegt also ein hinkender Vertrag vor, ähnlich wie wenn man mit einem Unfähigen kontrahirt hätte. L. R. I, 5. §. 11. oben §. 74. Anm. 17. In analoger Weise ist aber auch hier dem durch seine Unterschrift einseitig Gebundenen zu verstatten, eine bindende Erklärung von der andern Seite innerhalb angemessener Frist zu fordern, widrigenfalls er zurückzutreten berechtigt ist. Eine besondere gesetzliche Bestimmung in

Digitized by Google

Die Frage, ob der Gegenstand des Geschäfts 150 Mark überschreitet, wird nicht selten zweifelhaft sein.[8] Maßgebend ist natürlich der Werth im Augenblicke des Geschäftsschlusses, nicht der Betrag zur Zeit der Klaganstellung. Schloß daher Jemand ein gewagtes Geschäft, so kommt nicht die Summe des zufälligerweise späterhin einschlagenden Gewinnes in Betracht, sondern die gegebene oder versprochene Gegenleistung, welche den Werth der Glückschance im Augenblicke des Geschäftsschlusses darthut.[9] Aus demselben Grunde bleibt das Wachsen der Forderung durch Ansprüche auf Früchte und gesetzliche Zinsen und insbesondere die Steigerung, welche die Forderung in Folge Verzugs und Verschuldung erfährt, außer Ansatz. Ebensowenig können bei der Bemessung des Anspruchs dessen Accessorien, namentlich vertragsmäßig bedungene Zinsen und Konventionalstrafen, berechnet werden, da sie besondere, mit der Hauptforderung nur verbundene Ansprüche bilden.[10] Ist der Gegenstand des Rechtsverhältnisses keine Geldsumme, so wird der Richter sich zunächst an eine etwaige unter den Parteien vereinbarte Bemessung desselben halten. Sonst tritt eine Schätzung ein. In einer Reihe von Fällen wurde die Schwierigkeit der Schätzung des Objekts, sei es seiner Art nach oder deshalb, weil es sich um zur Zeit des Geschäftsschlusses noch ungewisse Summen handelte, der Anlaß dafür, Schriftlichkeit schlechthin zu fordern;[11] so namentlich bei terminlichen Leistungen auf unbestimmte Zeit.

2) Gewisse Geschäfte sind an die Schrift gebunden ohne Rücksicht auf den Werth ihres Objekts. Dies beruht zum Theil auf bloß positiver, durch

---

diesem Sinne zu treffen, war die Absicht der Gesetzrevisoren. Vgl. auch Koch zu L. R. I, 5. §. 116.

8) L. R. I, 5. §. 132 ist auf Verträge, die seit dem 1. Januar 1876 geschlossen wurden, völlig unanwendbar, für ältere kommt in Betracht die Ausführung unten Bd. 2 §. 30 a. E.

9) L. R. I, 5. §. 138.

10) Ueber den Zuwachs vgl. l. 9. §. 1. l. 11. D. de donat. 39, 5. Für Konventionalstrafen bestimmt die Nichteinrechnung ausdrücklich L. R. I, 5. §. 140. Wie aber, wenn der Hauptkontrakt, welcher zu seiner Klagbarkeit der Schriftlichkeit bedurfte, bloß mündlich, der accessorische Vertrag, z. B. über Zinsen oder Konventionalstrafen schriftlich abgeschlossen wäre? Ist der Nebenvertrag dann wegen des Mangels des Hauptvertrages hinfällig? Dies ist um deswillen zu verneinen, weil immerhin der mündliche Vertrag eine natürliche Verbindlichkeit begründet.

11) Ausgesprochen ist dies allerdings im Gesetze nicht. Doch scheint es das den Entscheidungen des Landrechts zu Grunde liegende Princip zu sein. Es erklärt sich hieraus die Nothwendigkeit der Schrift bei terminlichen Leistungen L. R. I, 5. §. 136. I, 11. §. 729, ferner die Vorschrift von I, 5. §. 135, wonach Verträge über Grundgerechtigkeiten, die man als unschätzbare oder doch schwer schätzbare Sachen ansah, sowie über beständige persönliche Lasten und Pflichten schriftlicher Abfassung bedürfen. Daher muß auch der Kontrakt mit sogenannten Hausofficianten, Erziehern u. dergl. schriftlich sein, L. R. II, 5. §§. 177. 188. Endlich rechtfertigt sich hieraus auch, daß nach L. R. I, 5. §. 139 der Vertrag allemal schriftlich abzufassen ist, wenn er von beiden Seiten ein gewagtes Geschäft enthält. In solchem Falle ist eben der Werth der Glückschance im Momente des Vertragsschlusses nicht zu schätzen.

Digitized by Google

Zweckmäßigkeitsgründe hervorgerufner Bestimmung. Hauptfälle sind außer den berührten Geschäften ungewisser Höhe Pachtverträge von geringerem Betrag über Landgüter, Gesellschaftsverträge, Bürgschaften, Expromissionen, Cessionen und Verpfändungen verbriefter Forderungen,[12] endlich Verträge, welche die Veräußerung, Verpfändung und dingliche Belastung von Grundstücken zum Gegenstande haben.[13] Eigenhändiges Schreiben und Unterschreiben genügt zu militärischen Testamenten, zu Anordnungen von Vater und Mutter bezüglich der Vormundschaft über ihre Kinder,[14] sowie zu letztwilligen Theilungen unter den Kindern.[15] Wesentlich ist ferner die Schriftlichkeit zur Ausstellung eines Wechsels, zum Indossament und dem Accept desselben, sowie für das Inhaberpapier und für das Konnossement, so daß sie aber hier eine wesentlich andere Bedeutung, als in den ersteren Fällen hat. Sie ist hier ein wesentliches Element des Geschäfts und tritt nicht bloß von außen her hinzu. Daher vollendet sich hier der Wille erst mit der Vollziehung der Urkunde.

3) Befreit von der Nothwendigkeit schriftlicher Form sind die Realkontrakte des römischen Rechts, also Depositum, Kommodat, Pfand, Darlehen;

---

12) Ueber Geschäfte ungewisser Höhe siehe oben Anm. 11 über Pachtverträge L. R. I, 21. §§. 401. 402, unten Bd. 2. §. 166, über Gesellschaftsverträge L. R. I, 17. §. 170, unten Bd. 2 §. 216, über Bürgschaften L. R. I, 14. §. 203, unten Bd. 2 §. 241, über Expromissionen L. R. I, 14. §. 400, unten Bd. 2. §. 64, über Cessionen verbriefter Forderungen L. R. I, 11. §. 394, unten Bd. 2 §. 82, über Verpfändung solcher Forderungen, Verordnung vom 9. December 1809 unten §. 361, das L. R. forderte Schriftlichkeit auch für Verlagskontrakte L. R. I, 11. §. 998, dieselben sind jedoch heutzutage in der Regel als Handelsgeschäfte ohne Schrift gültig, unten Bd. 2 §. 210, ebenso für Versicherungen, die aber stets Handelsgeschäfte bilden, vgl. unten Bd. 2 §. 232.

13) Zur Zeit des Landrechts bedurften Verträge, welche die Uebertragung des Eigenthums von Immobilien zum Zwecke hatten, zu ihrer Gültigkeit gerichtlicher oder notarieller Errichtung. Corp. jur. Frid. III, 7. §. 44. „Wenn jedoch ein Kontrakt a) ein unbewegliches Grundstück betrifft... so muß der Kontrakt und das Instrument hierüber allemal vor Gerichten oder vor einem notario errichtet werden." Vgl. Hypothekenordn. von 1783 II, 61. L. R. I, 10. §§. 15. 16. A. G. O. II, 1. §. 3. Als eine Milderung dieses Formalismus ist es aufzufassen, daß doch nach L. R. I, 10. §. 17. wie auch Hypothekenordnung §. 62 schriftliche Verträge über Veräußerung von Immobilien die Wirkung einer Punktation haben sollten, so daß auf Errichtung eines gerichtlichen Instruments geklagt werden konnte. Auf mündliche Privatverträge ist aber diese Konzession nicht erstreckt worden. Durch das Gesetz vom 23. April 1821 wurden nun allerdings schriftliche Verträge zur Eintragung ins Hypothekenbuch für genügend erklärt, falls die Unterschriften gerichtlich oder notariell beglaubigt wurden, Schriftlichkeit wird aber stets vorausgesetzt und aus mündlichen Verträgen nie eine Klage auf Errichtung eines schriftlichen Instrumentes zugelassen. Jedenfalls hat sich das Obertribunal trotz des Widerspruches einzelner Schriftsteller konstant für die Nothwendigkeit der Schriftlichkeit auch bei der Veräußerung von Immobilien, die unter 150 Mark Werth haben, erklärt. Und dies wird denn auch auf andere dingliche Belastungen angewendet; bei Grundgerechtigkeiten und Reallasten kommt der Anm. 11 hervorgehobene Gesichtspunkt hinzu.

14) Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 §. 17.

15) L. R. II, 2. §. 380.

Digitized by Google

desgleichen entsteht die Haftpflicht der Wirthe, Fuhrleute und Schiffer mit der Aufnahme von Reisenden und der Uebernahme der Waaren. Ferner bedürfen Gesindeverträge schriftlicher Beurkundung nicht, da diese dem Wesen des mehr patriarchalischen Gesindeverhältnisses nicht recht entspricht.[16]

4) Das Handelsgesetzbuch hat für die Handelsgeschäfte die Nothwendigkeit der Schrift beseitigt[17] und auch die neuere Reichsgesetzgebung schließt sich überwiegend dem Princip der Formlosigkeit an.

Dennoch ist für die Abfassung und Abänderung der Statuten eingetragener Genossenschaften und Hülfskassen Schriftlichkeit, für die Statuten der Aktien- und Aktienkommanditgesellschaften sogar Gerichtlichkeit erfordert. Auch die Aktienzeichnung, sowie die Zutrittserklärung zu eingetragenen Genossenschaften und Hülfskassen verlangt die Schrift zur Gültigkeit.[18 19].

§. 97. Form der Urkunde.[1]

Nicht eine förmliche zum Zwecke des Beweises aufgenommene Urkunde fordert das Landrecht zur Herstellung der Schriftlichkeit des Rechtsgeschäfts. Es wird vielmehr nur eine Skriptur verlangt, welche den Inhalt des Geschäfts in Worten darlegt. Nothwendig ist aber stets die Unterschrift des sich Verpflichtenden.[2] Daher ist bloße Korrespondenz hinreichend, aus wel-

16) Ueber Depositum vgl. L. R. I, 5. §. 144, Kommodat I, 21. §. 229, Darlehen I, 11. §. 727, Pfand I, 20. §. 94, über Aufnahme von Sachen durch Gastwirthe, Fuhrleute und Schiffer L. R. I, 5. §. 145, über Gesindeverträge Gesindeordnung vom 8. November 1810 §. 22 ff. Auch Zahlungen geschehen natürlich gültigerweise formlos L. R. I, 5. §. 134. Verzinslichkeit eines Darlehens, sowie von den gesetzlichen Bestimmungen des Darlehensvertrages abweichende Verabredungen fordern ohne Unterschied der Summe Schriftlichkeit. L. R. I, 11. §. 729.

17) H. G. B. Art. 317. Die Bestimmung hat die weiteste Anwendung erfahren auf Abänderung, Anerkennung, Aufhebung der Handelsgeschäfte sowie auf die Cession des Anspruchs ohne Unterschied, ob der zu Grunde liegende Vertrag schriftlich oder mündlich ist. Entsch. des O. Trib. Bd. 77 S. 295. Ebenso ist sie anzuwenden auf die präparatorischen Handlungen, aus denen das Rechtsgeschäft unmittelbar hervorgeht. R. O. H. G. Bd. 15 S. 331. Der ehemännliche Konsens zu Handelsgeschäften kann daher mündlich erfolgen R. O. H. G. Bd. 2 S. 98. Ueber die Vollmacht zum Abschluß von Handelsgeschäften vgl. unten §. 115.

18) H. G. B. Art. 174. 208. Genossenschaftsgesetz vom 4. Juli 1868 §. 2. Gesetz über die eingetragnen Hülfskassen vom 7. April 1876 §. 3 und §. 4 und §. 6.

19) Ueber Bodmereivertrag siehe H. G. B. Art. 683. Vgl. oben §. 95 Anm. 8.

1) L. R. I, 5. §. 116 ff. §. 142 ff.

2) L. R. I, 5. §§. 116. 118. Ob der Kontext der Urkunde von dem Erklärenden oder von Dritten geschrieben wurde, ist gleichgültig. Die Unterschrift vollzieht die Urkunde nur soweit sie den Schluß des Kontextes bildet, wie auch dann, wenn sie nachfolgende oder beigelegte Bestimmungen besonders bekräftigt. Entsch. des O. Trib. Bd. 74 S. 168. Die Unterschrift muß hiernach räumlich nachfolgen, daß sie auch zeitlich früher niedergeschrieben wurde, als der Kontext, liegt nicht im Begriff der Form, es genügt also, daß der Kontext mit dem Willen des Unterschreibenden über dieselbe geschrieben werde; dies bezieht sich namentlich auch auf Aenderungen des Kontexts nach Vollziehung der Unterschrift. Das Gegentheil nimmt aber

Digitized by Google

cher der Vertragsinhalt erhellt, wenn sie von dem Verpflichtenden selbst geführt, mindestens aber unterschrieben ist;[3] ja es genügt ein Telegramm, wenn nur der Promissar das der Telegraphenanstalt abgegebene Blatt selbst unterzeichnete.[4 5]

Sind auch die zur Schrift benutzten Mittel regelmäßig Papier und Dinte, so ist doch auch jeder andere Stoff und jedes Schreibmaterial, z. B. Bleistift, Kreide, zulänglich, vorausgesetzt, daß dem gewöhnlichen Laufe der Dinge nach das Manuscript eine mehr als momentane Existenz versprach. Es kann ferner, wie mit Buchstaben, so auch mit stenographischen Noten und Chiffern geschrieben sein, wenn dieselben nur entzifferbar sind. Was die Unterschrift anlangt, so kommt natürlich die Unleserlichkeit der Schriftzüge nicht in Betracht, falls nur feststeht, daß dieselbe als Namensunterschrift dienen sollten. Auch das Unterschreiben mit einem ungenauen oder fremden Namen kann richtiger Ansicht nach der Gültigkeit des Geschäfts nicht schaden, da die Skriptur hier immerhin die echte, wenn auch willkürlich gewählte, Unterschrift des Promissars erhalten hat.[6 7]

---

das O. Trib. an Entsch. Bd. 50 S. 29, Bd. 69 S. 198. Ist die Echtheit der Unterschrift festgestellt, so hat die über der Unterschrift stehende Schrift die Vermuthung der Echtheit für sich. So auch R. C. P. O. §. 405 Abs. 2.

3) Das L. R. spricht zwar I, 5. §. 142 davon, daß die Korrespondenz zwischen Abwesenden den schriftlichen Vertrag vertrete. Aber dies ist nicht relevant, da man den Einwand nicht zulassen würde, daß die Briefe persönlich von den Kontrahenten ausgewechselt wurden.

4) Schering Archiv Bd. 2 S. 434 ff. Entsch. des O. Trib. Bd. 45 S. 57.

5) Besiegelung ist zur Perfektion der Regel nach selbst dann nicht nöthig, wenn ihrer im Instrument gedacht wird, L. R. I, 5. §. 119; sie ist aber erforderlich, wo sie die Gesetze besonders verlangen, wie für die Geschäfte der Landgemeinden, Gesetz vom 14. April 1856 §. 10 n. 2 und der Kirchengemeinden, vgl. oben §. 53 Anm. 2.

6) Anders z. B. Koch L. R. O. §. 116 des Tit., welcher meint, es fehle hier die Ernstlichkeit des Willens, eine Behauptung, welche unbegründet ist. Ebensowenig kann in Betracht kommen, daß es verboten ist, fremde Namen zu führen, da dieses nur strafbar ist. Die Formel des Diffessionseides, „daß er die Namensunterschrift unter dem ihm vorgelegten Instrumende nicht selbst geschrieben habe." A. G. O. I, 10. §. 134 zwingt den Urheber zur Anerkennung der Urkunde auch in diesen Fällen; vgl. auch R. C. P. O. §. 404 Abs. 2. Wie wenn eine Urkunde nur mit dem Vornamen unterschrieben ist? Es wird sich hier die Frage erheben, ob vielleicht nur der Anfang einer Unterschrift vorliegt, in welchem Falle die Urkunde als unvollständig das Rechtsgeschäft nicht perficirt, oder ob die Unterschrift in solcher Weise den Schreibenden vollständig bezeichnen sollte, was z. B. bei einer Korrespondenz zwischen nahen Verwandten, in welcher Rechtsgeschäfte enthalten sind, sehr wohl denkbar ist. Im letzteren Falle entsteht ein klagbares Geschäft.

7) Bestreitbar ist, ob die Unterschrift auch durch Unterdruck eines Stempels oder in ähnlicher Weise hergestellt werden kann? Es ist dies zu bejahen. Wesentlich ist nur, daß der Name des Promissars durch eine unmittelbar hierauf gerichtete Willensaktion desselben unter den Kontext der Urkunde gesetzt wurde, es ist irrelevant, welche Medien hierbei angewendet wurden.

Digitized by Google

Zweifelhaft ist die Gültigkeit der Unterschrift des Namens des Promissars, welche durch einen mündlich Beauftragten vollzogen ist. Erfolgte sie auf Grund eines Diktats, so ist sie als gültig anzusehen, da sie auch in solchem Fall einer direkt auf sie gerichteten Willensaktion des Promissars entsprang und der Schreiber dabei nur einen mechanischen Dienst leistete.[8] Geschah sie aber in Folge einer Vollmacht, so ist sie ungültig,[9] da der Machtgeber nach preußischem Rechte aus Handlungen des Bevollmächtigten nur verpflichtet wird, wenn er zu deren Vollziehung schriftliche Vollmacht ertheilte.[10 11]

§. 98. Verabsäumung der schriftlichen Form. Anerkennung. Erfüllung.

Fehlt die schriftliche Form in Fällen, in welchen das Gesetz sie fordert, so entspringt aus dem Rechtsgeschäfte keine Klage; auch mittelbar kann dessen Erfüllung nicht etwa durch eine Einrede, z. B. der Kompensation,

---

8) R. O. H. G. Bd. 7 S. 315.

9) Zweifel erregte namentlich der zweite Satz der Formel des Diffessionseides A. G. O. I, 10. §. 134, wonach der angebliche Urheber der Urkunde schwören soll, „daß die Namensunterschrift unter dem ihm vorgelegten Instrumente auch nicht an seiner Statt von einem Andern mit seinem Wissen und Willen geschrieben worden sei.“ Doch kann dies nicht entscheiden. Es ist die Formel vorzugsweise auf Fälle zu beziehen, in denen die Schrift nur zum Beweise dienen soll, wie z. B. beim schriftlichen Anerkenntnisse über Empfang einer Darlehenssumme oder bei schriftlich geschlossenen Geschäften unter 150 Mark. In Fällen, in welchen ein schriftlicher Vertrag zur Klagbarkeit des Geschäfts erforderlich ist, kann der letzte Theil der legalen Formel des Diffessionseides nicht zum Eide verstellt werden, da die Eidesleistung nur den formlosen Willen des Produkten zum Vertragsschlusse und den mündlichen Auftrag zur Unterschrift feststellen würde, was irrelevant wäre, da gleichwohl dem Geschäfte die Form der Klagbarkeit fehlen würde. So auch Entsch. des Obertribunals Bd. 12 S. 477 ff., sowie Präj. 2077. Die R. C. P. O. kennt keinen Diffessionseid.

10) Man hat weiter darüber gestritten, ob der Mangel der schriftlichen Bevollmächtigung zur Unterschrift durch spätere, die Genehmigung involvirende Handlungen des Vollmachtgebers gehoben werde. Es ist hierbei zu bemerken, daß im Allgemeinen eine bloß mündliche Genehmigung von Geschäften eines Stellvertreters durch den Geschäftsherrn für verbindlich erachtet wird. Hiernach unterscheidet das Obertribunal zwei Fälle: 1) Auf Grund einer bloß mündlichen Vollmacht hat Jemand ein Geschäft für einen Andern abgeschlossen, dasselbe aber mit eigenem Namen unterschrieben. Hier soll die nachträgliche, mündliche Genehmigung des Geschäftsherrn genügen. 2) Auf Grund der mündlichen Vollmacht hat der Bevollmächtigte den Namen des Geschäftsherrn unter die Urkunde gesetzt und dieser hernach eine mündliche Genehmigung ertheilt. Dies soll nicht hinreichen, weil das Unterzeichnen mit dem eignen Namen an die Person gebunden sei und durch den Bevollmächtigten nicht geschehen dürfe, so daß es sich hier um einen Formmangel des Hauptkontrakts handle. Plenarbeschluß vom 4. December 1854, Präj. n. 2585, Entsch. Bd. 29 S. 293 ff. Gegen die hier zu Grunde liegende Anschauung hat sich aber mit Recht erklärt R. O. H. G. Bd. 5 S. 263 ff. Die mündliche Genehmigung muß genügen.

11) Bei Handelsgeschäften reicht mündliche Vollmacht hin, H. G. B. Art. 52. 298. Ist daher ein Wechsel auch nur im mündlichen Auftrage des Ausstellers oder Indossanten unterschrieben, so genügt dies, wenn es sich um ein Handelsgeschäft handelt. Hiernach modificiren sich ältere Entscheidungen des Obertribunals.

Digitized by Google

erzwungen werden; und zwar ist das ganze Geschäft, wenn es den für den mündlichen Abschluß zugelassenen Betrag überschreitet, unerzwingbar, so daß man es nicht etwa bis zum Belaufe von 150 Mark gerichtlich geltend machen kann.[1]

Dennoch ist das mündliche Geschäft keineswegs nichtig, vielmehr besteht eine natürliche Verbindlichkeit, welche zur vollen Wirksamkeit gelangen kann. Dies namentlich durch schriftliche oder gerichtliche Anerkennung Seitens des Verpflichteten.[2] Eine derartige Anerkennung wird unter Anderm gesehen in der vom Schuldner vollzogenen Unterschrift einer Rechnung über gelieferte Waaren oder Arbeiten.[3] Ferner liegt in der Klage auf Erfüllung der Gegenleistung aus einem zweiseitigen mündlichen Geschäfte die Anerkennung seiner Verbindungskraft für den Kläger, und ebenso ist eine solche in der schriftlichen außergerichtlichen Aufforderung an den Mitkontrahenten zur Erfüllung des Geschäfts zu sehen.[4]

Wirksamkeit gewinnt das mündliche Geschäft ferner durch Erfüllung.

Die Auflassung eines Grundstücks insbesondere heilt nach dem neueren Grundbuchrecht die Mängel der Form des zu Grunde liegenden Geschäfts.[5] Hiernach wird durch dieselbe das mündlich geschlossene Geschäft beidseitig klagbar. Hiervon abgesehen ist zu unterscheiden:

1) Ein zweiseitiges mündliches Geschäft ist nur von einer Seite erfüllt.[6] Die Leistung ist dann an sich rechtsgültig, insbesondere geht Eigenthum

---

1) Die landrechtlichen Bestimmungen über die Schriftlichkeit sind zunächst veranlaßt durch die Absicht, weitläufige und schwierige Beweisaufnahmen abzuschneiden. Dies geht insbesondere hervor aus den Worten der Einleitung des Edikts von 1770: „Die Erfahrung zeigt, daß unserer Absicht in den aus Kontrakten und Verträgen entstehenden Processen nicht geringe Hinderniß dadurch in den Weg gelegt wird, daß die Parteien nichts Schriftliches abfassen und Beweis durch Zeugen geführt wird, die Zeugen aber gemeiniglich weder die vorhergegangenen Unterhandlungen von dem Kontrakte selbst zu unterscheiden, noch sich der dabei vorgefallenen Worte genau zu erinnern wissen." Ein weiterer Zweck war aber auch, Uebereilung und Mißverständnisse zu verhüten. Jedenfalls geht die Disposition des Gesetzes über die Rücksicht der erleichterten Beweisbarkeit der Kontrakte hinaus und macht die Klagbarkeit des Geschäfts schlechthin von der Beobachtung der Form abhängig, L. R. I, 5. §§. 155. 168. Daher denn das mündliche Geschäft auch dann nicht klagbar ist, wenn durch gerichtliches Geständniß des Verklagten die Thatsache d s mündlichen Abschlusses feststeht. Koch Recht der Forderungen Bd. 2 S. 166.

2) L. R. I, 5. §. 185, nicht aber durch eine bloß historische Beurkundung der Thatsache des Abschlusses oben §. 81 Anm. 5.

3) L. R. I, 5. §. 152, ein Anerkenntniß der Rechnung in einem Briefe steht natürlich gleich.

4) Vgl. Präj. des Obertrib. 1046. R. O. H. G. Bd. 12 S. 54.

5) Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 §. 10. Es gilt dies unter Anderm auch in dem Fall, daß der niedergeschriebene Preis simulirt war und mit dem mündlich vereinbarten nicht übereinstimmte.

6) Vgl. L. R. I, 5. §. 156 ff.

Digitized by Google

über, wenn dieselbe in einer Uebergabe zum Zweck der Eigenthumsübertragung bestand. Dem Geber steht aber ein zwiefacher Anspruch gegen den Empfänger zu. Er ist einmal befugt das Geschäft *aufzurufen* und das seinerseits Geleistete zurückzufordern,[7] hierbei darf er jedoch vom Verklagten, welcher hier die Stellung eines redlichen Besitzers hat, die Sache nur in dem Zustand, in welchem sie sich bei Kundgabe der Absicht der Rückforderung befand, verlangen und verliert die Früchte der Zwischenzeit; er kann aber auch *Vergütung* für das Geleistete in Anspruch nehmen.[8] Dieser Weg gilt als der normale und wird regelmäßig eingeschlagen. Allerdings kann der Verklagte dem Anspruch auf Vergütung durch Angebot der Rückgabe des Empfangnen in unverändertem Zustand begegnen; er hat dann aber seinerseits die Stellung eines unrechtfertigen Besitzers.[9] [10]

Die Vergütung, welche der Geber fordert, richtet sich nach dem mündlich verabredeten Werthe, so daß, wenn es zu ihr kommt, der Vertrag in gewisser Weise wieder Grundlage wird. In Ermangelung einer solchen Werthsbestimmung tritt Schätzung der Sachverständigen ein.[11] Wenn Seitens des einen Theils eine Handlung[12] geleistet war, so kann derselbe, da eine Rückerstattung hier nicht möglich ist, schlechthin Vergütung nach dem münd-

---

7) Nach L. R. I, 5. §. 161, dessen Sinn allerdings bestritten war, indem Manche ihn auf den Fall unvollständiger Erfüllung Seitens des Rückfordernden bezogen. Vgl. Präj. Nr. 436, Koch Recht der Ford. Bd. 2. S. 192, Bornemann Bd. 2 S. 276 u. A.

8) L. R. I, 5. §. 156 ff.

9) L. R. I, 5. §§. 157. 158. Die Rückgabe muß den Geber vollständig in den frühern Stand setzen, wenn sie genügen soll Präj. 2152. Entscheidet sich der Empfänger für die Rückgabe, so hat er vom Empfangstage an Nutzungen, beziehungsweise Zinsen zu vergüten. Der andre Theil muß hiernach nicht alternativ klagen; er ist aber hierzu befugt und kann alternativ Verurtheilung auf Rückgabe oder Erfüllung der Gegenleistung verlangen. Durch ein dem entsprechendes Urtheil entsteht nicht eine alternative Obligation im gewöhnlichen Sinne. Der Sieger kann vielmehr nach seinem Belieben Jede der Alternativen zur Vollstreckung bringen, bis der Verurtheilte seinerseits der einen oder der andern Genüge geleistet hat; denn das alternative Urtheil hat nicht den Zweck, das nach dem Gesetz bestehende Rechtsverhältniß umzugestalten. Gruchot Bd. 21 S. 624.

10) Das Verhältniß ist in dieser Hinsicht verschieden von der Ordnung im römischen Recht, wenn ein Theil einen Innominatkontrakt erfüllt hatte. Danach konnte der Leistende nach seiner Wahl mit der condictio ob causam auf Rückgabe oder mit der a. praescriptis verbis auf Erfüllung klagen. War der Verklagte mit der letzteren Klage in Anspruch genommen, so mußte er die versprochne Gegenleistung gewähren und konnte sich nicht durch Rückgabe des Empfangnen befreien.

11) Für den Fall der Unschätzbarkeit verweist Koch Recht der Ford. Bd. 2 S. 191 auf den Schätzungseid.

12) Der Begriff der Obligation zu einer Handlung ist nur negativ zu bestimmen. Eine solche Obligation liegt vor, wenn der Inhalt der Obligation nicht Uebertragung eines Vermögensobjekts an den Gläubiger ist. Näheres im Obligationenrechte.

Digitized by Google

lich verabredeten Werthe beitreiben; fehlt eine solche Fixirung, so tritt eine Schätzung ein.[13]

2) Ist vollständig beiderseits erfüllt und sind damit fertige Zustände geschaffen, so kann das Geschäft als abgemacht, nicht mehr in Frage gestellt werden.[14] Die Erfüllung ist vollständig geschehen, wenn den unmittelbar aus dem Vertrag entstehenden Verbindlichkeiten Genüge geleistet ist.[15] Entspringen dann aus der etwaigen Mangelhaftigkeit der Leistung noch weitere gesetzliche Verbindlichkeiten, z. B. wegen verborgner Fehler oder wegen Entwährung, so sind sie klagbar.

Mündliche Geschäfte über Immobilien werden jedoch — von der Auflassung abgesehen — auch durch beidseitige Erfüllung nicht unanfechtbar. Vielmehr behalten beide Kontrahenten das Recht der Rückforderung des Geleisteten gegen Erstattung des Empfangnen in Folge der Unverbindlichkeit des mündlichen Vertrags. Auf ihre Singularsuccessoren geht dieser Anspruch nicht über. Derselbe unterliegt der erlöschenden Verjährung, die Ersitzung kann ihm nicht entgegengestellt werden.[16]

§. 99. Fortsetzung. Nebenabreden.[1]

Die Abgeneigtheit, aus bloß mündlichen Vereinbarungen Klagen auf Erfüllung entspringen zu lassen, führte das Landrecht dazu, bloß mündliche Nebenreden neben schriftlichen Kontrakten für unverbindlich zu erklären. Es gilt dies auch für Fälle, in welchen die Schriftlichkeit an sich kein Erforderniß des Abschlusses gewesen war, vielmehr nur in Folge eines freiwilligen Entschlusses gewählt wurde.

Unter Nebenabreden sind aber zu verstehen mündliche Vereinbarungen der Betheiligten über Punkte, die weder nach der Natur des Geschäfts noch nach der Intention der Kontrahenten schlechthin für den Abschluß wesentlich sein sollten, so daß sie die schriftlich stylisirten wesentlichen Bedingungen nur

---

13) L. R. I, 5. §. 165, für den Fall theilweiser Leistung der Handlung I, 5. §. 166. Voraussetzung ist nach Entsch. des Obertrib. Bd. 70 S. 273 ff., daß die Vereinbarung der Vergütung vor der Leistung der Handlung erfolgt war. Eine spätere mündliche Vereinbarung über eine Vergütung gilt als selbständiger Vertrag und hat nicht dieselbe Rechtswirkung, wie wenn die Vergütung ursprünglich vereinbart war.

14) L. R. I, 5. §. 146.

15) War die Erfüllung von der einen Seite eine vollständige, von der andern eine bloß theilweise, so treten dieselben Grundsätze wie bei einseitiger Erfüllung ein. Anders freilich, wenn der Leistende bei Gelegenheit der theilweisen Erfüllung zugleich ein schriftliches Anerkenntniß der ganzen Verbindlichkeit abgegeben hat.

16) Entsch. des Obertrib. Bd. 74 S. 265.

1) L. R. I, 5. §§. 127—130, Wienstein bei Gruchot Bd. 7 S. 348 ff. Bd. 16 S. 413.

Digitized by Google

ergänzen sollten.[2] In Streitfällen hat der Richter also nicht auf derartige Verabredungen, sondern auf dasjenige zurückzugehen, was die Gesetze über die Naturalien des fraglichen Geschäfts bestimmen.[3] Als Interpretationsmittel für die Absicht der Kontrahenten bei Entwerfung des Vertrags kommen aber auch übereinstimmende mündliche Aeußerungen derselben in Betracht.

Auf mündliche Abreden kann man sich ferner stets zu dem Zwecke berufen, um nachzuweisen, daß das Niedergeschriebene dem wahren Willen der Parteien, wie er zur Zeit der Vertragsvollziehung bestand, nicht entspricht. Denn es handelt sich hier nicht um Ergänzung, sondern um eine Negation des Anspruchs. Man begründet durch die Bezugnahme auf die mündliche Abrede hier keine Klage auf Erfüllung, sondern eine Anfechtung der Skriptur. Gelingt der Nachweis, so ist das Niedergeschriebene um deswillen nicht bindend, weil es nicht in der angegebenen Weise gewollt ist, das mündlich Verabredete aber ist aus dem Grunde wirkungslos, weil ihm die Solennisirung fehlt.[4]

Eine mit der besprochenen vielfach unrichtigerweise verwechselte Frage ist die, ob zum Nachweise, daß eine schriftliche Vertragsurkunde dem Willen der Parteien nicht konform war, schon der Umstand genügt, daß derselben mündliche Verabredungen vorhergingen, welche dem Inhalte der Schrifturkunde

---

2) Es gehören hierher insbesondere Verabredungen über die Art oder den Ort oder die Zeit der Erfüllung oder andere hierbei vorkommende Maßgaben. L. R. I, 5. §. 129. Es ist in solchen Fällen anzunehmen, daß die Parteien sich auf die Redlichkeit des Mitkontrahenten verlassen wollten, ohne der Nebenabrede eine juristisch bindende und entscheidende Bedeutung beizulegen.

3) Diese landrechtlichen Bestimmungen finden keine Anwendung auf Handelsgeschäfte, welche schriftlich abgeschlossen wurden; Art. 317 des H. G. B., nach welchem die Gültigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung nicht bedingt ist, bezieht sich auch auf mündliche Nebenverträge.

4) Für diesen Fall, in welchem Irrthum oder Betrug oder Simulation zu Grunde liegt, kommt es nicht bloß auf den Widerspruch in den objektiv wesentlichen Punkten des Geschäfts an, vielmehr genügt auch der Widerspruch oder das Weglassen hinsichtlich solcher Punkte, die nur subjektiv den Kontrahenten so wesentlich (oben §. 77 Anm. 1) waren, daß anzunehmen ist, daß sie das ganze Geschäft nicht gewollt hätten, wenn diese Punkte nicht auch zur Ausführung kommen. Vgl. Koch Anm. zu L. R. I, 5. §. 128. Beispiele solchen Widerspruches zwischen der Intention und dem Niedergeschriebenen bilden die Weglassung oder Hinzufügung von aufschiebenden oder auch auflösenden Bedingungen, insbesondre auch der Vorbehalt des Rücktritts, abweichende Abreden über das Objekt des Geschäfts, über den Preis, desgleichen über den Erlaß oder die Verschärfung der Gewährleistung. Selbst bloße Modalitäten der Leistung, z. B. Abrede sofortiger Baarzahlung, können als subjektiv wesentlich anzusehen sein und unter den hier in Betracht kommenden Voraussetzungen des Irrthums, Betrugs u. s. w. zur Anfechtung des Vertrags hinreichen. Jedoch kann die bloße Behauptung einer Partei, daß ihr eine derartige Nebenbestimmung von entscheidendem Gewicht gewesen wäre, allein nicht genügen, vielmehr muß die Wichtigkeit derselben aus der Lage der Verhältnisse unzweideutig hervorgehen. Einen Anhalt können die Regeln geben, welche in Bezug auf den wesentlichen Irrthum aufzustellen sind. Vgl. über das Princip Plenarbeschluß des Obertribunals, Entsch. Bd. 10 S. 259 Präj. n. 1523, etwas abweichend Wienstein l. c.

Digitized by Google

in wesentlichen Punkten widersprechen. Zwar nimmt dies das Obertribunal an.[5] Jedoch der richtigen Ansicht nach ist zunächst zu unterstellen, daß die Parteien die durch ihre Unterschrift bekräftigte Aufzeichnung schließlich im Augenblick der Vertragsvollendung gewollt haben. Stimmt also deren Inhalt überhaupt nicht oder nicht vollständig mit den vorhergehenden mündlichen Verhandlungen überein, so ist damit zunächst nichts als eine Veränderung der Absichten der Parteien bewiesen. Wer die Schrift anfechten will, muß nach den konkreten Umständen noch außerdem behaupten können und darthun, daß die Abweichung des Inhalts der Schrift von den vorhergehenden mündlichen Verhandlungen ihren Grund in Betrug, oder in Irrthum, oder in Simulation oder gleichstehenden Umständen haben, daß also im Momente der Vertragsperfektion das Niedergeschriebene nicht gewollt war.

§. 100. Beweis des schriftlichen Geschäfts.

Zwar ist die Schrift durch das Gesetz vorzugsweise im Interesse des Beweises zur Bedingung der Klagbarkeit der Rechtsgeschäfte gemacht worden; jedoch ist die schriftliche Urkunde nicht das einzig zulässige Beweismittel für den Inhalt des abgeschlossenen Geschäftes. Vielmehr kann, was im Kontrakte unleserlich geschrieben oder undeutlich ausgedrückt ist, auf andere Weise ermittelt werden;[1] desgleichen sind dann, wenn die das Geschäft perficirende Urkunde verloren ging, alle anderen Beweismittel zur Feststellung seines Inhaltes zuzulassen.[2]

Eine processualische Frage ist es, wie der Inhalt vom Gegner widerrechtlich vorenthaltener, insbesondere absichtlich zerstörter Urkunden festzustellen sei. Hierüber besteht gemeinrechtlich eine Kontroverse. Die herrschende Ansicht nimmt nämlich an, daß der vom Beweisführer angegebene Inhalt einer Urkunde ohne Weiteres als wahr anzunehmen sei, sobald er den Verlust derselben durch den Dolus des Proceßgegners erwiesen hat.[3] Viele gemeinrechtliche Schriftsteller hingegen fordern, hiervon abweichend einen Erfüllungseid des Beweisführers zur Bestärkung seiner Angabe über den Inhalt der verlorenen Urkunde. Diese Kontroverse ist in das preußische Recht über-

---

5) Z. B. Entsch. Bd. 46 S. 32. 33. — Richtig R. O. H. G. Bd. 10 S. 102 und a. a. O.

1) L. R. I, 5. §. 130. Ist z. B. die Größe des verkauften Grundstücks im Vertrage angegeben, so kann die Absicht, daß eine Vertretungspflicht des Verkäufers für dieses Maß festgestellt werden sollte, aus den mündlichen Verhandlungen nachgewiesen werden. Vgl. L. R. I, 11. §§. 212. 214.

2) L. R. I, 5. §. 169.

3) Man stützt sich auf l. 20 C. de prob. 4, 19, welche jedoch nichts beweist, ferner auf l. 2. §. 1. D. de jur. fisci 49, 14. Ueber die Streitfrage ist insbesondere zu vergleichen Briegleb Abhandl. (1868) Bd. I. S. 96 ff.

Digitized by Google

gegangen, da zwar das Landrecht die einfache Angabe des Beweisführers bis zum Beweise des Gegentheils für genügend hält, die Gerichtsordnung hingegen eidliche Bekräftigung Seitens des Beweisführers verlangt.[4] Bei diesem Widerspruche der Gesetze ist auf die allgemeinen Grundsätze zurückzugehen und hiernach die Vorschrift der Gerichtsordnung vorzuziehen, da sie weniger singulär ist und sich den über das juramentum in litem geltenden Regeln anschließt, wie sie sich auch aus Gründen der Proceßpolitik mehr empfiehlt.[5]

Die Reichscivilproceßordnung unterscheidet, ob eine Abschrift beigebracht ist, dann ist dieselbe als richtig anzusehen, oder ob dies nicht der Fall ist, dann entscheidet richterliches Ermessen.[6]

§. 101. Aufhebung schriftlicher Verträge.[1]

Die Aufhebung eines mündlichen Vertrages durch Willenseinigung kann mündlich geschehen. Dagegen die Aufhebung eines schriftlichen Vertrages bedarf der Schriftlichkeit,[2] und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Werth des schriftlich beurkundeten Rechts 150 Mark übersteigt oder darunter bleibt.[3]

---

4) L. R. I, 5. §. 170 bestimmt: „Hat einer der Kontrahenten die Vernichtung des Instruments vorsätzlich veranlaßt, so wird die Angabe des Andern für wahr angenommen," dagegen A. G. O. I. 10. §. 120, übereinstimmend mit corp. jur. Frid. Th. IV. Tit. 6. §. 36: „wenn eine Partei Urkunden vorsätzlich abhanden bringt, zerreißt oder auf andere Weise unleserlich macht," so soll ihr Gegner zur eidlichen Bestärkung des Inhalts gelassen werden. Trotz des offenbaren Widerspruches glaubte man vielfach die Antinomie leugnen zu müssen; die Vereinigungsversuche siehe bei Rönne zu L. R. I, 5. §. 170.

5) Vgl. A. G. O. I. 22. §§. 9 ff.

6) R. C. P. O. §. 392. Daß eine „Abschrift" beigebracht sei, muß erwiesen sein, damit die bezügliche Bestimmung eintrete.

1) L. R. I, 5. §. 385 ff., Gruchot Bd. 3 S. 140—147.

2) Dieselbe kann in einem neuen schriftlichen Kontrakte liegen, welcher, wie sich aus seinem Gesammtinhalte ergiebt, dazu bestimmt ist, an die Stelle eines früher errichteten zu treten. l. 72 pr. D. de contr. emt. 18, 1. Paulus notat, si omnibus integris manentibus de augendo vel diminuendo pretio rursum convenit, recessum a priore contractu et novam emtionem intercessisse videri. — Hat der eine Theil schriftlich erklärt, daß er von dem Vertrage zurücktrete und der andere diese Erklärung nur mündlich oder stillschweigend angenommen, so kann der Erstere allerdings aus dem Vertrage, zunächst keine Ansprüche mehr auf Erfüllung begründen, während er gebunden bleibt (Bornemann Erört. Heft 1 S. 179), wohl aber kann er, arg. L. R. I, 5. §. 13, dem Gegentheil eine Frist bestimmen, binnen deren sich dieser schriftlich über seine Zustimmung zum Rücktritt oder für das Bestehenbleiben des Geschäfts erklären muß.

3) Ausdrücklich ist freilich im Landrecht nicht bestimmt, daß die Aufhebung eines schriftlichen Vertrages, der mündlich hätte geschlossen werden können, Schriftlichkeit resp. Kassation des Instrumentes fordert, wohl aber entspricht dies dem Systeme des Landrechts arg. I, 5. §. 127. I, 11. §. 394. Dagegen Koch Recht der Ford. II. S. 500. Ist aber ein Handelsgeschäft schriftlich geschlossen, so kann der Rücktritt auch mündlich erfolgen; vgl. oben §. 96 Anm. 17.

Digitized by Google

Ist indessen der Vertrag noch von keiner Seite erfüllt, so genügt auch ein mündlicher Vertrag zur Aufhebung des schriftlichen Geschäfts, falls nur die Schrifturkunde beseitigt wird. Zwar fordert das Landrecht seinem Wortlaute nach Kassation des Instruments, richtiger Ansicht nach steht jedoch jede Art absichtlicher Vernichtung, ja selbst die Rückgabe schriftlicher Urkunden in der Absicht ihrer Entkräftung der eigentlichen Kassation gleich, da es nur auf eine plastische Manifestation des Willens der Aufhebung des Kontraktes ankommt.[4] Natürlich genügt auch die Kassation einzelner Stellen der Urkunde, falls die Kontrahenten deren Bestimmungen beseitigen wollen.

§. 102. Gerichtliche, notarielle, öffentliche Urkunden.

Die richterliche Gewalt ist in Preußen gemäß deutschen Herkommens zur Verwaltung der freiwilligen wie der streitigen Gerichtsbarkeit bestimmt.[1] Die Ausübung geschieht durch die Gerichte erster Instanz;[2 3] für die Mehrheit der Fälle ist den Notarien eine konkurrirende freiwillige Jurisdiktion ein-

---

4) Verwandt sind die Bestimmungen des römischen prätorischen Rechtes über Aufhebung eines Testaments durch dessen Zerstörung. Im Falle, daß mehrere Hauptexemplare des Vertrages existiren, streitet man, ob die Vernichtung aller Exemplare erforderlich sei, wie dies u. A. Koch Recht der Ford. Bd. 2 S. 500 behauptet, oder ob die Vernichtung eines Exemplars genügt, wie Bornemann Bd. 2 S. 363 annimmt. Hierüber sind die Bestimmungen der l. 4. D. de his, quae in test. 28, 4 zu vergleichen. Es ergiebt sich hier, daß Papinian Vernichtung sämmtlicher Exemplare eines Testaments zu dessen Aufhebung forderte; praesertim quum ex caeteris tabulis, quas non abstulit, res gesta declaretur, daß aber Paulus von mehr idealistischem Standpunkte aus für genügend hielt: si ut intestatus moreretur, incidit tabulas. Und dieser letzteren Auffassung werden wir uns anschließen.

1) L. R. II, 17. §. 48 ff. A. G. O. zweiter Theil. Preußisches Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878.

2) Zuständig sind derzeit die Kreisgerichte in ihren zweiten Abtheilungen, Verordnung vom 2. Januar 1849 §. 20, wie auch Deputationen und Kommissionen. Die Erledigung geschieht in der Regel durch Einzelrichter, §. 22 unter 5. Ausnahmsweise üben die freiwillige Gerichtsbarkeit auch Dorfgerichte, welche in vollständiger Zusammensetzung aus dem Schulzen, zwei Schöppen und einem vereideten Gerichtsschreiber bestehen. Die Appellationsgerichte haben bestimmte Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sie sind insbesondre für Familienfideikommißsachen berufen, Gesetz vom 5. März 1855. Nach dem Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz §. 26 werden die Amtsgerichte zuständig für die bisher durch Einzelrichter versehenen und den Kollegialgerichten erster Instanz zugewiesnen Handlungen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit. Nur für die standesherrlichen Familien besteht eine Ausnahme.

3) Für die Zugehörigen derjenigen Truppentheile, welche sich im Ausland befinden oder nach der Mobilmachung ihre Standquartiere verlassen haben, sind deren Auditeure zu Handlungen freiwilliger Gerichtsbarkeit legitimirt nach dem Gesetze vom 8. Juni 1860, welches das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874, §. 39 aufrecht erhalten hat. Der §. 3 des Gesetzes vom 8. Juni 1860 ist modificirt durch das Preußische Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878 §. 111. Ueber militärische Testamente siehe Reichsmilitärgesetz §. 44 und später im Erbrecht.

Digitized by Google

geräumt.[4] Die von den Konsuln des Reichs in gehöriger Weise aufgenommenen Beurkundungen haben die Kraft notarieller Urkunden.[5]

Die Nothwendigkeit der Gerichtlichkeit der Errichtung ist meist behufs gesicherter Beurkundung gefordert; einer Prüfung und Bestätigung bedarf es nur bei einzelnen Geschäften, z. B. bei Familienstiftungen und Fideikommissen, bei der Annahme an Kindesstatt.[6] In der Regel ist ferner jedes mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit betraute Gericht zur Aufnahme der Rechtsgeschäfte der Parteien ohne Rücksicht auf Zuständigkeit befugt. In einigen Fällen aber sind nur bestimmte Gerichte zuständig. Insbesondre ist das Gericht der belegnen Sache ausschließlich berufen für die Uebereignung von Grundstücken durch Auflassung[7] und für alle Eintragungen in das Grundbuch, sowie zur Verlautbarung von Grundstücksfideikommissen;[8] vor den persönlichen Richter des Hauptbetheiligten gehören ausschließlich Annahme an Kindesstatt, Entlassung aus der väterlichen Gewalt, Erbverträge der Kinder mit ihren Eltern, wodurch sie sich der Rechte auf ihren Pflichttheil begeben, und Verlautbarung von Familienstiftungen und Familienfideikommissen, abgesehen von Grundstücksfideikommissen.[9]

Die gerichtliche Form vollzieht sich durch Aufnahme eines Protokolls, welches von den Parteien und dem Richter unterschrieben sein muß.[10] Die Zuziehung eines Aktuars ist der Regel nach nicht erfordert.[11] Die Notare

---

4) Die Gültigkeit der Handlung eines Richters wird nicht dadurch berührt, daß die Handlung nach der Geschäftsvertheilung von einem andern Richter vorzunehmen gewesen wäre. Dies bestimmt für die Zukunft allgemein Ausführungsgesetz zum G. V. G. §. 22 Abs. 2. Nach jetzigem Recht leidet der Satz eine Ausnahme bei Testamenten. — Auch der noch nicht eidlich verpflichtete Richter vollzieht richterliche Handlungen gültig, da man Richter durch die Anstellung, nicht durch die Eidesleistung wird, anders Koch Ford. II, S. 303. Referendarien können nach anderthalbjähriger Beschäftigung mit einzelnen gerichtlichen Geschäften — namentlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit — betraut werden, Gesetz vom 6. Mai 1869 über die juristischen Prüfungen. Nach dem Ausführungsgesetz zum G. V. G. vom 24. April 1878 §. 3 kann dies erst nach zweijähriger Beschäftigung und nicht zur Aufnahme letztwilliger Verfügungen geschehen.

5) Reichsgesetz vom 8. November 1876 §. 16. Dies bezieht sich auf diejenigen Konsuln, welche nicht die volle Gerichtsbarkeit nach Vertrag der Observanz haben.

6) L. R. II, 4. §§. 29. 62. — L. R. II, 2. §. 667.

7) Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872. §. 2.

8) L. R. II, 4. §. 63.

9) Vgl. L. R. II, 2. §. 667 — Adoption — L. R. II, 2. §§. 216. 217 — Emancipation — L. R. II, 2. §. 484 — Erbverträge über Pflichttheil — — L. R. II, 4. §. 29 ff., §. 46 ff., §. 63. Der persönliche Richter muß nicht mitwirken bei Einkindschaften — Anhang §. 147 zu L. R. II, 17. §. 58 und Verträgen über Gütergemeinschaft unter Ehegatten, Gesetz vom 20. März 1837 §. 2.

10) Vgl. A. G. O. II, 2. §. 42 ff. Ueber den Fall, daß die Partei nicht schreiben kann, siehe L. R. I, 5. §. 175 ff. Anh. §. 5. K. O. vom 20. Juli 1816.

11) Nach der Gerichtsordnung galt es allerdings als Regel, daß ein Gericht oder eine Deputation zur gültigen Vollziehung eines Aktes der freiwilligen Gerichts-

Digitized by Google

bedürfen bei Aufnahme des Rechtsgeschäftes dagegen der Zuziehung zweier Zeugen oder eines zweiten Notars.[12] Die Urschrift des Geschäfts bleibt der Regel nach in Verwahrung des Gerichts oder Notars, so daß die Parteien nur Ausfertigung erhalten, welche indessen beweisend sind. Bereits errichtete Privaturkunden erhalten die Kraft öffentlicher Urkunden, wenn Inhalt und Unterschrift oder die Unterschrift der Parteien allein durch ein inländisches Gericht oder einen Notar in der vorgeschriebenen Form beglaubigt ist, s. g. Rekognition der Unterschrift.[13]

Bei den zu einer Eintragung oder Löschung im Grundbuch erforderlichen Anträgen und Urkunden bedarf es zwar der gerichtlichen oder notariellen Aufnahme. Es ist aber für die unmittelbar diesem Zweck dienenden Urkunden zur Erleichterung des Verkehrs nachgelassen, daß es der Aufnahme eines besondern Protokolls über die Beglaubigungen und der Zuziehung von Zeugen nicht bedürfe.[14]

Die gerichtlichen und notariellen Urkunden fallen unter den allgemeinen Begriff der öffentlichen Urkunden. Es sind dies Urkunden, welche von einer öffentlichen Behörde, sei dies eine staatliche oder provinciale, innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse, oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person — z. B. Notarien — innerhalb des ihr zugeschriebenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind.[15] Unter Anderem gehören Urkunden der Standesbeamten, Gerichtsvollzieher, Magistrate, Gemeindekirchenräthe hierher.

Oeffentliche Urkunden beweisen, ohne daß es einer Anerkennung Seitens der Gegenpartei bedarf, was sie bezüglich der Vorgänge bei der Errichtung beurkunden, also namentlich die Abgabe der Willenserklärung der Betheiligten vor der Urkundsperson, die Vornahme andrer juristischer Handlungen vor derselben, wie auch was als das Resultat des Befunds oder

---

barkeit wenigstens aus einem Richter und einem Aktuarius bestehen solle, A. G. O. II, 2. §§. 16. 17. Nach dem Anhange §. 421 zur A. G. O. aber bedarf es der Zuziehung eines vereideten Protokollführers nur bei letztwilligen Verfügungen jeder Art, in anderen Fällen aber ist Zuziehung eines Aktuars nicht mehr erfordert. In Verhandlungen des Subhastationsrichters mit den Parteien verlangt sie jedoch die Subhastationsordnung vom 15. März 1869 §. 4.

12) Noch andere Anforderungen siehe im Notariatsgesetz vom 11. Juli 1845. Auch die Beurkundungen der Bundeskonsuln müssen, um die Kraft notarieller Urkunden zu haben, unter Zuziehung von zwei Zeugen errichtet sein; siehe Näheres im Reichsgesetze, betreffend die Organisation der Konsulate vom 8. Novbr. 1867 §. 13 ff., insbesondere §. 17.

13) A. G. O. II, 3. §. 26.

14) G. B. O. §. 33. Dernburg und Hinrichs Preußisches Hypothekenrecht Bd. I, S. 102. Eine ähnliche Bestimmung trifft für die notarielle Beglaubigung der Prozeßvollmachten R. C. P. O. §. 76 Abs. 2.

15) So definirt R. C. P. O. §. 380 und ähnlich A. G. O. I, 10. §. 127.

Digitized by Google

Willensentschlusses der Beurkundenden bezeugt ist. Diese Beweiskraft kann nur ausgeschlossen werden durch den Nachweis des Mangels der wesentlichen Erfordernisse einer öffentlichen Urkunde oder eines Irrthums der Urkundsperson bei Aufnahme derselben. Wird hiernach die Parteierklärung durch die öffentliche Beurkundung sicher gestellt, so erhält sie durch dieselbe doch keinen höhern Werth, als ihr an sich zukommt. Die Verbindungskraft einer solchen Erklärung kann daher mittelst des Nachweises der Simulation, ferner des Irrthums, Betrugs oder des Mangels der Dispositionsfähigkeit des Erklärenden abgelehnt werden.[16]

§. 103. Nothwendigkeit gerichtlicher oder notarieller Abfassung.

Die gerichtliche oder notarielle Beurkundung, welche den Parteien stets auch statt der schriftlichen Abfassung gestattet ist, wird in folgenden Fällen gesetzlich gefordert. Die Nothwendigkeit gründet sich theils in der Persönlichkeit der Geschäftsschließenden, theils in der Besonderheit des Geschäfts.

1) Nur den Schreibenskundigen steht die Schrift zum Abschlusse ihrer Verträge offen. Der Analphabet[1] ist in dem Maße, als der Schreibkundige einen Kontrakt[2] schriftlich errichten muß, zu gerichtlicher oder notarieller Aufnahme desselben gehalten.[3] Bei gemeinen Landleuten genügt jedoch die Errichtung vor dem Dorfgerichte. Die gleiche Nothwendigkeit trifft Personen, welche der Sprache der Urkunde nicht mächtig[4] oder zufällig am Lesen und Schreiben verhindert sind.[5]

---

16) So interpretirt in Gemäßheit richtiger allgemeiner Grundsätze die Praxis die nicht unzweideutigen Worte der A. G. O. I, 10. §. 126. Hiermit stimmt auch die R. C. P. O. §§. 380. 382. 383. Inwieweit äußere Mängel der Urkunde, Durchstreichungen, Radirungen, Einschaltungen die Beweiskraft aufheben, unterliegt richterlichem Ermessen. A. G. O. I, 10. §§. 118. 119. R. C. P. O. §. 384.

1) Wer ist der Analphabet? Man muß wenigstens seinen Namen in Buchstaben schreiben und mit regelmäßigen Schriftzügen Geschriebenes vollständig lesen können, um Schreibkundiger zu sein.

2) L. R. I, 5. §§. 172—178. Vgl. dort über den Beistand, wenn der Analphabet nicht einmal ein Handzeichen vermag.

3) Das Landrecht selbst ging wohl von der Ansicht aus, daß alle Willenserklärungen, und namentlich auch Konsense, die von Anderen schriftlich errichtet werden müßten, von Analphabeten gerichtlich abzufassen wären. Da aber das Wort des Gesetzes nur von Kontrakten spricht und die gerichtliche Form sehr lästig erschien, blieb man beim Worte des Gesetzes stehen und nahm die Nothwendigkeit der gerichtlichen oder notariellen Willenserklärungen der Analphabeten nur bei Kontrakten an. Für den Zutritt zu einer eingeschriebenen Hülfskasse genügt die Beglaubigung des Handzeichens durch ein Mitglied des Vorstandes. Reichsgesetz vom 7. April 1876 §. 6.

4) L. R. I, 5. §. 179. Ueber die Urkunden, bei denen Personen betheiligt sind, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, bestimmt das Gesetz vom 28. August 1876, betreffend die Geschäftssprache der Behörden unter Aufhebung der Bestimmungen von L. R. I, 5. §. 180—183.

5) L. R. I, 5. §. 172.

Digitized by Google

Mehr noch sind Blinde, Taubstumme und schreibens- und lesensunkundige Stumme, welche sich höchstens durch Zeichen äußern könnten, beschränkt, indem deren Verträge schlechthin der gerichtlichen Aufnahme zur Geltung bedürfen.[6]

2) Theils die altgermanische Tradition richterlicher Beurkundung wichtiger Geschäfte, theils die bevormundende Tendenz des Landrechts bestimmte dasselbe, für eine große Anzahl von Geschäften gerichtliche oder notarielle Errichtung oder Verlautbarung zu fordern.

Gerichtliche Errichtung ist nothwendig bei den meisten Geschäften, welche den Familienstand regeln — nach dem römischen Vorbilde. So bei Adoptionen, Einkindschaften, theilweise bei Emancipationen.[7] Ferner bei Geschäften, welche auf das Vermögen des Disponenten nach dessen Tode Bezug haben, daher bei Testamenten, Erbverträgen mit Ausnahme der vor der Ehe unter Brautleuten geschloßnen, bei Familienstiftungen, Familienfideikommissen.[8] Desgleichen sind die Verträge über Einführung oder Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft gerichtlich zu errichten.[9]

Die freiwillige Veräußerung von Grundstücken mittels Auflassung geschieht gerichtlich.[10]

Des Weiteren fordert das Landrecht Gerichtlichkeit für zahlreiche einzelne Vermögensgeschäfte unter Lebenden, um Uebereilungen und Uebervortheilungen zu verhüten. So in Erweiterung der römischen Bestimmungen für Schenkungen jeden Betrages, welche nicht unmittelbar durch Uebergabe vollzogen werden;[11] ferner für Geschäfte, bei welchen sich die Frau ihrem Ehemanne oder zu Gunsten desselben verbindlich macht,[12] für Verträge, welche die Verjährung ausschließen oder verlängern sollen,[13] für zinstragende

---

6) L. R. I, 5. §. 171. Auch bedarf es eines Beistandes nach A. G. O. II, 3. §§. 7. 8. Es gilt dies Alles insbesondre auch für Wechsel, R. O. H. G. Bd. 17. S. 283, da die Wechselfähigkeit durch die Fähigkeit Verträge zu schließen bedingt ist.

7) Adoption L. R. II, 2. §. 667, Verordnung vom 2. Januar 1849 §. 14 (Beseitigung der Mitwirkung des Obergerichts), Emancipation II, 2. §§. 216. 217. Einkindschaft II, 2. §. 721. Anerkenntnisse von unehelichen Kindern müssen wenigstens in einer öffentlichen Urkunde enthalten sein. Gesetz vom 24. April 1854 §. 13 n. 2.

8) L. R. I, 12. §§. 66 ff. 621 ff., vgl. noch §§. 571. 654. II, 2. §. 484. II, 4. §. 29. Landesherrliche Bestätigung wird erfordert bei Fideicommissen, deren Einkünfte 30,000 Mark übersteigen.

9) L. R. II, 1. §§. 356. 422. Gesetz vom 20. März 1837. Siehe noch L. R. II, 1. §. 87.

10) Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 §§. 1. 2.

11) L. R. I, 11. §. 1063.

12) L. R. II, 1. §. 198, ferner II, 1. §. 209.

13) L. R. I, 9. §. 566.

Digitized by Google

Schuldscheine über rückständige Zinsen.[14] Mehreres und zum Theil Wichtigeres ist durch die nachlandrechtliche Gesetzgebung von der Nothwendigkeit der Gerichtlichkeit wieder befreit worden, so Auszugsverträge,[15] Intercessionen der Frauen,[16] antichretische Verträge.[17] Daß Protestationen meistens gerichtlich zu geschehen haben, wurde bei Besprechung dieser Rechtsakte bereits bemerkt.

Wechselproteste sind gerichtlich oder notariell aufzunehmen; es genügt aber auch die Aufnahme durch gewisse vom Gesetz bezeichnete richterliche Subalternbeamte.[18] Gerichtlicher oder notarieller Errichtung oder Beglaubigung bedürfen ferner die zu einer Eintragung oder Löschung im Grundbuch erforderlichen Anträge und Urkunden,[19] sowie Vollmachten zur Erhebung von Sachen oder Geldern bei Gericht.[20] Ferner fordern die Errichtung von Statuten von Aktien- und Aktienkommanditgesellschaften, sowie deren Abänderung[21] die Mitwirkung von Gericht oder Notar; das Gleiche gilt für legale Ehegelöbnisse; ebenso für Verträge, welche vor Abschluß der Ehe über das Vermögen der Eheleute, insbesondere der Frau, über deren Einbringen, dessen Verwaltung und Nießbrauch, sowie auch über die künftige Erbfolge der Ehegatten etwas bereden. Verträge dieser Art, welche nach Abschluß der Ehe eingegangen werden, bedürfen der gerichtlichen Form.[22] Ganz speciell ist noch, daß Verträge über Landgüter, falls der jährliche Pachtzins 600 Mark übersteigt, vor Gericht oder einem Notar zu errichten sind.[23]

---

14) L. R. I, 11. §. 819; derselbe ist durch das Reichsgesetz vom 14. November 1867, betreffend die vertragsmäßigen Zinsen, nach §. 4 nicht beseitigt. Noch Anderes L. R. I, 9. §. 416. L. R. I, 17. §. 178. II, 1. §. 824.

15) Das Gesetz vom 11. Juli 1845 über die Form einiger Rechtsgeschäfte hat die Mitwirkung der Gerichte für nicht weiter erforderlich erklärt bei Altentheils- und Auszugsverträgen (L. R. I, 11. §§. 603. 604), Vergleichen über künftige Verpflegungsgelder (siehe oben §. 83 Anm. 10), bei Erbschaftskäufen (L. R. I, 11. §. 473), Verkäufen künftiger Sachen (L. R. I, 11. §. 583), bei der Einwilligung zur Versicherung auf das Leben eines Dritten (L. R. II, 8. §. 1973).

16) Gesetz vom 1. December 1869 oben §. 48 Anm. 3.

17) Nämlich indirekt durch die Beseitigung der sogenannten Wuchergesetze mittels des Reichsgesetzes betreffend die vertragsmäßigen Zinsen vom 14. November 1867.

18) W. O. Art. 87. Vgl. übrigens R. O. H. G. Bd. 10 S. 109. Das preuß. Gesetz vom 21. April 1876 bezeichnet die zur Aufnahme von Wechselprotesten befähigten Subalternbeamten. Nach dem preuß. Ausführungsgesetz vom 24. April 1878 §. 74 werden mit dessen Inkrafttreten auch die Gerichtsvollzieher zur Aufnahme von Wechselprotesten befugt.

19) G. B. O. §. 33; vgl. oben §. 102 Anm. 14.

20) Das citirte Gesetz vom 11. Juli 1845 §. 2 unter b. Gerichtlich errichtete letztwillige Verfügungen dürfen nur gerichtlich bestellten Bevollmächtigten zurückgegeben werden; L. R. I, 12. §. 571 ist in Kraft belassen.

21) H. G. B. Art. 174. 198. 208. 214.

22) L. R. II, 1. §§. 82. 440. 441. A. G. O. II. 1. §. 10 sub 5.

23) L. R. I, 21. §. 403. vgl. aber Anh. §. 57. A. G. O. II. 1. §. 10 sub 3.

Digitized by Google

B. Der Wille.

§. 104. Ernstlichkeit des Willens.[1]

Der erklärte Wille muß ein ernstlicher sein. Da aber die Sicherheit des menschlichen Verkehrs auf der Unterstellung beruht, daß, was gegenüber einem Mitkontrahenten als Wille geäußert ist, auch wirklich gemeint und gewollt war, so wird die sogenannte reservatio mentalis d. h. der innere Vorbehalt, nicht zu wollen, was man äußerlich zu wollen vorgab, vom Rechte nicht berücksichtigt.

Dagegen sind bloß zum Scherz gethane Aeußerungen unverbindlich. Nur muß die Absicht des Scherzes aus den äußeren die Erklärung begleitenden Umständen hervorgehen. Selbst dann aber, wenn dies der Fall ist, wird die Person, welche die scherzhafte Erklärung abgab, demjenigen, welcher hierdurch getäuscht zu Ausgaben veranlaßt wurde, wegen ihrer culpa in contrahendo zum Ersatz verantwortlich.[2]

Kraftlos sind ferner Erklärungen, welche die Kontrahenten zwar formgerecht abgeben, die aber, wie sie untereinander konstatirten, gleichwohl keine Verbindungskraft haben sollen. Es gilt dies z. B. von Bestimmungen in nach gedruckten Formularien oder notariellen Koncepten vollzognen Urkunden, welche von den Kontrahenten vor oder bei der Vollziehung mündlich als nicht gewollt bezeichnet wurden.[3] Insbesondre sind aber nichtig Erklärungen, welche die Parteien einverständlich bloß zum Schein abgaben, die s. g. simulirten Geschäfte.[4] Hiefür ist zu beachten:

a) Bezieht sich die Vereinbarung der Nichtgeltung nur auf einzelne Bestimmungen des Geschäfts, so sind nur diese als nicht beschlossen anzusehen, das Geschäft bleibt aber im Uebrigen gültig, wenn nur sonst über alle wesentlichen Punkte ein bindendes, in gehöriger Form abgegebenes Einverständniß sich findet. Ebenso ist dann, wenn hinter dem Geschäfte ein anderes, das dissimulirte, verborgen ist, dasselbe insoweit wirksam, als die Voraussetzungen seiner Geltung vorhanden sind, so daß ihm also die simulirten, die wahre Absicht verhüllenden Zusätze weder schaden noch nützen.[5]

---

1) L. R. I, 4. §§. 52—56. Savigny III. §. 134. Kohler Mentalreservation und Simulation in Iherings Jahrb. Bd. 16 S. 91.

2) L. R. I, 4. §. 56. Ueber culpa in contrahendo vgl. Bd. 2 §. 16.

3) Striethorst Bd. 93 S. 5.

4) Ueber den Nachweis der Simulation gegenüber gerichtlichen Urkunden siehe oben §. 102 Anm. 10.

5) Enthält z. B. die Kaufurkunde einen simulirten Preis, so ist die Sache so anzusehen, als wäre über den Preis in derselben nichts bekundet. Ist nun der

Digitized by Google

b) Hat sich auf Grund der simulirten und um deswillen nichtigen Erklärung eine Rechtsveränderung vollzogen, so ist dieselbe als des Rechtsgrundes entbehrend anfechtbar. Es gilt dies insbesondere auch von einer Umschreibung im Grundbuch auf Grund einer simulirten Auflassung,[6] ferner von simulirten gerichtlichen Vergleichen, welche Vollstreckbarkeit erlangten, sowie von richterlichen Entscheidungen und Mandaten auf Grund simulirter Erklärungen vor Gericht.

c) Auch Dritten gegenüber kann man sich auf die Nichtigkeit des simulirten Geschäfts berufen.[7] Jedoch kann dem Scheinveräußerer nicht gestattet werden, die scheinbar veräußerte Sache von solchen Dritten zurückzufordern, welche dieselbe von dem Scheinerwerber durch ein lästiges Rechtsgeschäft in gutem Glauben erworben haben.[8]

d) Umgekehrt können auch Dritte die Nichtigkeit des simulirten Geschäftes geltend machen.[9] Von besonderer praktischer Bedeutung ist dies dann, wenn ein Schuldner die ihm gehörigen Objekte zum Schein in der Absicht veräußerte, um sie seinen Gläubigen zu entziehen. Es sind dann aber zwei Fälle denkbar. Einmal ist möglich, daß der Schuldner auch nach Abschluß des Scheingeschäfts in dem Eigenthumsbesitze der zum Schein veräußerten Sache blieb. Ist dies nachweisbar, so unterliegt dieselbe nach wie vor unmittelbar dem Konkurse und der Exekution, insbesondere der Subhastation, welche gegen jenen Schuldner eingeleitet werden. Es muß also derjenige, welcher sich auf das Scheingeschäft stützt, seinerseits mit einer Intervention auftreten, der die Einrede der Simulation des Geschäftes entgegenzustellen

---

wahre Preis schriftlich durch Reverse, Korrespondenz u. s. f. festgestellt, so ist das Geschäft vollgültig; ist derselbe aber nur mündlich verabredet, so liegt kein schriftliches, sondern nur ein mündliches Geschäft vor, welches, wenn es über 50 Thaler beträgt, der Klagbarkeit entbehrt. L. R. I, 11. §§. 71. 321—326. I, 20. §. 237. l. 3. C. plus valere quod agitur 4, 22. Ueber ein dissimulirtes Geschäft auch Striethorst Bd. 97 S. 45 ff.

6) Das O. Trib. hat in den Entscheidungen Bd. 75 S. 22 anerkannt, daß im Fall einer simulirten Auflassung der auf Grund derselben als Eigenthümer Eingetragne zur Rückauflassung und wenn er Besitzer ist zur Herausgabe des Grundstücks durch Klage angehalten werden kann.

7) Ein Gesellschafter z. B., welcher durch ein simulirtes Geschäft eine Sache erwarb, kann sich, seinen Gesellschaftern gegenüber, welche Einlieferung derselben zur Gesellschaftsmasse verlangen, auf die Simulation berufen u. s. f.

8) Eben dies muß im Falle gelten, in welchem Dritte auf Grund simulirter Vollmachten kontrahiren. Die neueren gemeinrechtlichen Schriftsteller lassen sich so wenig wie die preußischen über die Anfechtung eines simulirten Geschäfts durch den Simulanten gegenüber gutgläubigen Dritten aus. Wir würden auch vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus eine exceptio doli geben. Einverstanden ist Kohler a. a. O. S. 128. — Ueber Entschädigungsansprüche sonst benachtheiligter Dritter vgl. L. R. I, 14. §. 210. I, 16. §. 109.

9) Ueber simulirte Cessionen vgl. unten Bd. 2 §. 85 unter 7.

Digitized by Google

ist.[10] Hat dagegen der Schuldner mit der Scheinveräußerung auch den Besitz übertragen, so bedürfen dessen Gläubiger der Klaganstellung gegen den Scheinerwerber, um sich die Sache zum Zwecke ihrer Befriedigung zu verschaffen. Und zwar haben sie nach allgemeinen Grundsätzen mit der Klage, die dem Scheinveräußerer zur Revokation seiner Sache gegen denselben zusteht, aufzutreten; sie müssen sich also diese Klage, wenn sie nicht, wie beim Konkurse, bereits mit der Gesammtmasse auf sie überging, erst besonders durch den Richter überweisen lassen.[11] Das Gesetz vom 9. Mai 1855, betreffend die Befugniß der Gläubiger zur Anfechtung der Handlungen zahlungsunfähiger Schuldner, §. 7 ff., hat außerdem den Einzelgläubigern eine der römischen actio Pauliana analoge Anfechtungsklage wegen frauduloser Geschäfte ihres Schuldners gegeben, welche auch wegen der Scheingeschäfte desselben zuständig ist.[12] Diese Klage, welche durch die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bedingt ist, kann von den Gläubigern angestellt werden gegen den Scheinerwerber und seine Erben, sowie diejenigen Sondernachfolger desselben, welche beim Erwerbe der Sache nachweisbar oder präsumtiv Kenntniß von der Simulation hatten oder die Sache durch einen freigebigen Titel erwarben und noch bereichert sind.[13]

---

10) Also stand es jedenfalls vor Erlaß der Gesetze vom 5. Mai 1872 über das Grundbuchrecht, vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 10 S. 355. Nicht anders ist aber das Verhältniß derzeit zu behandeln. Nach der Subhastationsordnung vom 15. März 1869 §. 6 unter 3 kann die Subhastation eingeleitet werden auf Grund öffentlicher Urkunden, welche glaubhaft machen, daß der Schuldner das Grundstück als Eigenthümer besitze; der eingetragne Eigenthümer ist nur nach §§. 14. 39 n. 10 besonders zu laden. Seine Intervention ist zwar nach §. 7 des Eigenthumsgesetzes vom 5. Mai 1872 an sich begründet, durch den Nachweis der Simulation aber kann sie zurückgewiesen und dem Verfahren Raum geschafft werden. Vgl. Dernburg und Hinrichs Preußisches Hypothekenrecht I. S. 317.

11) Es kann hierbei nach §. 18 des Gesetzes vom 20. März 1854 verfahren werden. Hiernach kann der Exekutionssucher dann, wenn sich Sachen seines Exequenden im Besitz oder der Gewahrsam eines Dritten befinden, eine gerichtliche Anweisung an den Besitzer fordern, die Sache dem Gerichte auszuantworten. Genügt der dritte Besitzer dieser Anweisung nicht, so kann der Exekutionssucher zur Anstellung der Klage auf Ausantwortung der Sachen an das Gericht ermächtigt werden, derselbe ist jedoch hier verpflichtet, den zu Exequirenden zu dem Processe vorladen zu lassen. Inskünftige kommt Reichscivilproceßordnung §. 746 zur Anwendung, wonach die Sache an einen vom Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher herauszugeben ist.

12) Es ist nicht zu bezweifeln, daß auch die römische a. Pauliana, die Alles entkräftete, was fraudationis causa gestum erit, wegen solcher Geschäfte zuständig war. l. 1. pr. D. quae in fraudem 42, 8. Hiernach wäre auch nach römischem Rechte Ueberweisung der rei vindicatio und actio Pauliana konkurrirend zulässig.

13) Nach der preußischen Konkursordnung §. 103 ff. erstreckt sich auch die Anfechtungsklage der Konkursgläubiger auf Scheingeschäfte des Kridars; die Reichskonkursordnung hat dies nicht aufgenommen. Eine besondere Anfechtungsklage wegen der Scheingeschäfte ist für die Konkursmasse in der That unnöthig, da dieselbe ohnehin die Revokationsklage des Kridars hat, nur für einzelne Gläubiger könnte sie von Werth sein, falls sie der Verwalter nicht verfolgen will; vgl. aber R. K. O. §. 29.

Digitized by Google

§. 105. Bewegungsgrund.[1]

Der Entschluß zum Rechtsgeschäfte entspringt zwar aus einer Reihe von Erwägungen und Gedanken, welche zu demselben führten, diese Bewegungsgründe sind aber für die Geltung des Geschäfts sogar dann ohne Bedeutung, wenn sie bei Gelegenheit der Verhandlungen dem andern Theile kund gegeben waren, da dieser auf dieselben als für ihn unwesentlich kein Gewicht legen mußte.[2] Beruhten sie also auf Ansichten oder Hoffnungen, mit welchen die Wirklichkeit nicht übereinstimmt, so schadet dies dem Rechtsgeschäfte nicht, das sich mit seiner Vollziehung gleichsam von seinen Wurzeln losgelöst und eine in sich geschloßne Existenz erhalten hat.[3] Dies leidet jedoch nach preußischem Rechte bei denjenigen Willenserklärungen eine Ausnahme, welche ausschließlich dem Vortheile eines Andern dienen sollen. Solche Geschäfte sind nämlich anfechtbar, sobald erhellt, daß der ausdrücklich angeführte irrige Bewegungsgrund die einzige Ursache der Willensäußerung gewesen sei.[4]

Kein bloßer Bewegungsgrund liegt dann vor, wenn dem Geschäfte nach der übereinstimmenden Absicht der Parteien die Bestimmung zu einem gewissen Zwecke gegeben ist,[5] wie es z. B. bei der Zahlung einer Geldsumme zum Zwecke der Tilgung einer Schuld der Fall ist. Wird dieser Zweck nicht erreicht, so ist das Geschäft entkräftbar.[6]

---

1) L. R. I, 4. §§. 145—151.

2) Jedoch können solche Motive, wenn sie dem Mitkontrahenten bekannt gemacht waren, einen Anhalt zur Interpretation des Geschäftes geben. L. R. I, 4. §. 146.

3) Z. B. der Hypothekengläubiger giebt dem A., dem dritten Besitzer der verpfändeten Sache, den Konsens zur Löschung der Hypothek, weil er von seinem persönlichen Schuldner, dem B., befriedigt sei. Dieser Löschungskonsens kann nicht um deswillen angefochten werden, weil B. die Schuld in der That nicht getilgt hat. Auf ein ganz anderes Gebiet wird die Sache aber hinübergespielt, wenn der Mitkontrahent den Irrthum, welcher den andern Theil zum Abschluß bewog, vorsätzlich veranlaßt oder ausgebeutet hat, L. R. I, 4. §. 148. Hierin liegt ein Betrug und es müssen daher die über Betrug geltenden Grundsätze zur Geltung kommen.

4) L. R. I, 4. §. 150. Es ist dies eine Erweiterung der Regel, welche die Römer für die Legate aufgestellt haben l. 72. §. 6. D. de cond. 35, 1. falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret, sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur, alias legaturus non fuisset.

5) Vgl. oben §. 93. Die Römer unterscheiden dies in folgender Weise l. 52. D. de cond. indebiti 12, 6: damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti, quum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut etiam si falsa causa sit, repetitio ejus pecuniae non sit; ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit. Vgl. hiermit die Fassung von L. R. I, 4 §. 145.

6) Es ist also unrichtig, wenn Viele, z. B. Savigny III, S. 358 ff., das Recht der Anfechtung einer Zahlung wegen angeblicher Nichtschuld als eine Ausnahme von dem Satze darstellen, daß irrige „Bewegungsgründe" nicht beachtet werden.

Digitized by Google

C. Der Geschäftsschluß.

§. 106. Vorverhandlungen.

Nicht selten wird es zweifelhaft sein, ob die Parteien bereits zu einem festen Uebereinkommen gelangt sind, oder ob bloß das Geschäft anbahnende, die Verständigung erst anstrebende Erklärungen beiderseitig abgegeben wurden, ohne daß noch jenes Ziel erreicht ist. In Streitfällen dieser Art ist es an sich Sache der richterlichen Beurtheilung, den Charakter der Parteierklärungen zu bestimmen. Haben aber die Parteien während der Verhandlungen die schriftliche Ausfertigung des Geschäfts verabredet, so wird vom Gesetze vermuthet, daß dieselbe nicht bloß des Beweises willen geschehen sollte, daß sich die Parteien vielmehr erst mit der Ausfertigung der Urkunde binden wollten.[1] [2] Jedoch ist hiermit der Gegenbeweis nicht ausgeschlossen, daß nach der bestimmten Absicht der Parteien die Beurkundung ausschließlich den Zweck des Beweises hatte und die Perfektion nicht aufschieben sollte. Den landrechtlichen Bestimmungen Aehnliches hatte für das römische Recht bereits Justinian in der l. 17 C. de fide instrumentorum 4, 21 vorgeschrieben, während die gemeinrechtliche Praxis nach der heutigen Verkehrssitte eine solche Präsumtion unbegründet fand und nicht respektirte.[3] [4]

Die Parteien stehen noch im Stadium der Verhandlung (der sogenannten Traktate) und es ist juristisch nichts fertig geworden, wenn zwar Einverständniß über die begrifflich nothwendigen Punkte vorliegt, nicht aber über andere, zwar begrifflich untergeordneten Punkte, welche aber noch geregelt werden sollten.[5] Denn das Geschäft ist eine Einheit, so daß es als Ganzes gewollt und genehmigt wird. Doch können die Parteien auch eine Scheidung vor-

---

1) L. R. I, 5 §. 117. Eine natürliche Verbindlichkeit, wie sie beim Mangel der gesetzlichen Form besteht, existirt hier vor der Ausfertigung nicht, weil der bindende Wille vor der Ausfertigung noch fehlte, daher z. B. ein Pachtvertrag, welcher nach Verabredung der Parteien schriftlich errichtet werden sollte, wenn diese schriftliche Abfassung unterblieben ist, durch die auf Grund der bloßen Traktaten bereits erfolgte Uebergabe der Sache an den Pächter auch nicht auf ein Jahr verbindlich wird. Striethorst Bd. 95 S. 215.

2) Findet die landrechtliche Präsumtion bei Handelsgeschäften statt? Wir werden dies verneinen müssen, da die Präsumtion auf einer Begünstigung der Schriftlichkeit beruht, wie sie dem Handelsgesetzbuche fremd ist, Art. 317, und die Auslegung der Geschäfte eine freie sein soll: Art. 278. So auch R. O. H. G. Bd. 7. S. 96.

3) Vgl. hierüber u. A. Regelsberger Erörter. S. 145 ff.

4) Haben die Parteien die wesentlichen Vertragsbestimmungen schriftlich vereinbart, aber notarielle Ausfertigung vorbehalten, so steht dies im Zweifel der Perfektion des Vertrags nicht entgegen, sondern giebt den Betheiligten nur einen Anspruch auf diese Art der Beurkundung. Entsch. des O. Trib. Bd. 67 S. 64.

5) L. R. I, 5 §. 120 ff.

Digitized by Google

nehmen, und das Einverständniß über die bereits vorgelegten Punkte zu einem rechtlich bindenden machen. Es geschieht dies namentlich durch eine schriftliche von den Parteien unterschriebene Punktation über die wesentlichen Bestimmungen des Geschäfts. Im Falle der Zufügung von einzelnen Vorbehalten ist die Verbindungskraft der Punktation noch von deren vorgängiger Erledigung abhängig.[6] Kommt es später über die nicht vorbehaltenen Nebenpunkte zu keiner Einigung, so treten diejenigen Regeln ein, welche der betreffenden Geschäftsgattung im Zweifel eigenthümlich sind. Aus der Punktation kann auf Ausfertigung eines förmlichen Vertrages geklagt werden, desgleichen aber auch unmittelbar auf Erfüllung.[7]

§. 107. Antrag und Acceptation.

Zum Zustandekommen des Vertrages ist erforderlich von der einen Seite der Antrag, in ein Geschäft einzutreten, die sogenannte Offerte, und von der andern Seite die Annahme dieses Antrages, dessen Acceptation. Aber auch der bloße Antrag hat bei uns eine selbständige Kraft, während er nach römischem Rechte nur ein vorbereitender und für sich allein rechtlich gleichgültiger Akt war.[1]

Da nämlich das römische Recht nur dem durch den übereinstimmenden Willen der Parteien geschlossenen Vertrage Kraft zuschrieb, konnte ein bloßer Antrag nach diesem Rechte bis zu seiner Annahme jeder Zeit willkürlich zurückgenommen werden, und dies auch dann, wenn der Antragende dem andern Theile gegenüber erklärt hatte, dessen Antwort abwarten zu wollen. Nach preußischem Rechte und dem Rechte des H. G. B. hingegen bindet sich der Antragende durch seinen einseitigen Antrag bis zum rechtzeitigen Einlauf

---

6) Allerdings bestimmt L. R. I, 5 §. 125: „im Falle noch gewisse Nebenverabredungen vorbehalten seien, seien die Punktationen nur als Traktaten anzusehen." Allein es ist dies wohl nur auf die Zeit zu beziehen, in der diese weiteren Punkte noch nicht festgestellt sind; nachher fehlt jeder Grund, der Punktation die Anerkennung zu versagen. — Mündliche Vorbehalte, welche absichtlich in die schriftliche Punktation nicht aufgenommen wurden, sind nach L. R. I, 5 §. 127 ff. ohne bindende Kraft. Gruchot Beitr. I, S. 352. Anders natürlich, wenn Irrthum, Betrug u. s. f. unterläuft.

7) Die Punktation reicht der Regel nach nicht aus, falls das Gesetz einen notariellen oder gerichtlichen Vertrag zur Verbindungskraft des Geschäftes fordert, da sie nur einen schriftlichen Kontrakt vertritt. Eine wichtige, jetzt antiquirte Ausnahme enthielt aber L. R. I, 10 §. 17, oben §. 96 Anm. 3.

1) L. R. I, 5 §§. 78—108. Handelsgesetzbuch Art. 318—322. Thöl Handelsrecht I, §§. 57. 57*. Bekker in seinem Jahrbuche II, S. 355 ff. Koch Recht d. Ford. II, §. 71 ff. Regelsberger civilrechtliche Erört. S. 48 ff. Sohm Goldschmidts Ztschrft. Bd. 17 S. 16, Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden 1873, Kühn in Iherings Jahrb. Bd. 16 S. 1.

Digitized by Google

der Antwort.[2] Es ist dies im letzten Grunde zurückzuführen auf eine deutsche Rechtsanschauung, wonach sich die Handelnden einseitig durch ihr Wort verpflichten können, nicht bloß wie nach römischer Jurisprudenz durch einen eigentlichen Vertragsakt.[3]

Verbindlich macht aber nur der Antrag eines Vertrags, nicht eine allgemeine Aufforderung zum Kontrahiren. Als solche ist unter Anderm unverbindlich ein Anerbieten des Verkaufs oder des Vermiethens, welches erkennbar mehreren Personen gemacht ist, sei es, daß es in öffentlichen Blättern oder durch öffentliche Anschläge verbreitet ist, sei es auch, daß es ohne Hinzufügung eines besondern Antrags Einzelnen, z. B. durch Mittheilen von Preislisten, Mustern oder Proben zugestellt wurde.[4] Auch muß das Anerbieten, um Verbindungskraft zu haben, der Art bestimmt sein, daß es durch nackte Acceptation zum perfekten Vertrag werden kann, was namentlich dann nicht der Fall ist, wenn bei einem proponirten Verkauf keine Bestimmungen über die Waare oder den Preis, oder die Menge getroffen sind; dagegen sind Anträge, welche ausdrücklich die nähere Feststellung dem andern Theile innerhalb gewisser Gränzen überlassen, genügend.[5]

Die Dauer der Verbindungskraft des Antrags ist in der Regel eine gesetzlich begrenzte. Ein mündlicher Antrag unter Gegenwärtigen ist sogleich

---

2) Die ältere gemeinrechtliche Theorie hatte den Grundsatz aufgestellt, daß eine acceptatio ex intervallo quoque fieri potest, quamdiu promissor non revocavit, vgl. z. B. Mueller promt. juris. acceptatio. Man stützte dies darauf, daß Veränderungen, also auch eine Rücknahme des Antrages, nicht vermuthet würden. Bei Abfassung des Landrechts äußerte sich der gesunde Sinn der Verfasser gegen diese mit den Anforderungen des Verkehrs unvereinbare Schultheorie; man bestimmte daher die Zeit, innerhalb deren die Gegenseite noch acceptiren könne, näher. Hierbei ergab sich umgekehrt gleichsam von selbst und ohne daß man sich bewußt wurde, wie sehr man hier vom römischen Rechte abwich, daß der Antragende für diese Zeit an seinen Antrag gebunden sein solle. Vgl. Bornemann 1. Aufl. Bd. 2 S. 437. Dem Principe des preußischen Rechts folgen das österreichische b. G. B. §. 862, das sächsische Gesetzbuch §. 816 ff., das Züricher Gesetzbuch §. 908, insbesondere auch das deutsche Handelsgesetzbuch.

3) Regelsberger hingegen l. c. gründet die Verbindungskraft des Antrags auf einen stillschweigenden Vertrag, der sich zwischen dem Antragenden und der Gegenseite bei der Erklärung der Offerte vollziehe und dessen Inhalt einen „Widerrufsverzicht" des Offerenten bilde. Im Wesentlichen schließt sich Windscheid II, §. 306 Anm. 6 und §. 307 Anm. 6 an. Damit wäre denn freilich die Verbindungskraft der Offerte in eine römische Denkform gebracht, in der That aber das Eigenthümliche und Originelle dieser Rechtsbildung verdunkelt. Betrachten wir die Auslobung, das Inhaberpapier, den Wechsel, so fehlt es uns an Beispielen einer durch einseitigen Willensakt geschaffenen Verpflichtung im modernen Rechte nicht, denen sich die durch den Antrag geschaffene anreiht. Die hier aufgestellte Ansicht ist weiter entwickelt von Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund, insbesondre §§. 7. 8. Vgl. unten Bd. 2 §. 12.

4) H. G. B. Art. 337 spricht dies für Verkaufsanträge aus.

5) H. G. B. Art. 337 ist der Art gefaßt, daß Mißverständnisse möglich waren. Es ist auf die Ausführungen unter Bd. 2 §. 22 zu verweisen, deren Grundgedanken hier entsprechend anzuwenden sind.

Digitized by Google

zu beantworten.[6] Für Anträge an Abwesende, welche an demselben Orte wohnen, bildet die Wartefrist vierundzwanzig Stunden, d. h. wie das Obertribunal annimmt, der dem Einlaufen der Offerte folgende Tag;[7] selbstverständlich ist, daß diese den Ortsanwesenden vergönnte Frist auch das Minimum der Frist für Ortsabwesende bildet. Nach Anträgen an Auswärtige ist außerdem zu warten, bis die zweite Post angelangt ist, welche Antwort bringen kann.[8] Bei Anträgen von Handelsgeschäften an Abwesende bleibt der Antragende nach dem H. G. B. bis zu dem Zeitpunkte gebunden, mit welchem die Antwort im Fall rechtzeitiger Ankunft der Offerte und rechtzeitiger Absendung der Antwort, eintreffen müßte.[9]

Eine Verpflichtung aus dem Antrage tritt nicht ein, wenn sie der Antragsteller ausdrücklich ablehnt, wenn er z. B. mit den Worten „ohne Obligo," oder „freibleibend" offerirt hat; sie ist ferner an diejenigen Begrenzungen geknüpft, welche der Antragsteller hinzugefügt hat, indem er sich z. B. nur bis zu einer bestimmten Tagesstunde bindet.[10] Umgekehrt kann sich der Offerent beliebig auch längere Zeit binden, als es ohnedem nach den gesetzlichen Vorschriften der Fall wäre. Wurde indessen die Zeit der Acceptation dem Gutfinden des andern Theils überlassen, so kann der Antragende demselben gleichwohl noch nachträglich im Falle der Zögerung eine angemessene Frist setzen.[11]

Die Verbindungskraft des Antrages tritt für den Offerenten erst von dem Augenblicke an ein, in welchem derselbe in die Hand des andern Theils

---

6) L. R. I, 5 §. 94 spricht von einem „mündlichen Antrag", das H. G. B. Art. 318 von einem Antrag „unter Gegenwärtigen". Beides muß zusammentreffen. Wer einem Makler seine Offerte mündlich mittheilt, bleibt gebunden, bis Antwort eingehen kann, nicht aber wer dieselbe in der Meinung kund giebt, daß der Makler vom andern Theil zum Abschluß Vollmacht habe. R. O. H. G. Bd. 8 S. 397.

7) Oben §. 69. Anm. 3. Entsch. d. O. Trib. Bd. 17 S. 153.

8) Ueber Offerten durch Boten bestimmt L. R. I, 5 §§. 99. 100. Geschieht der Antrag an eine Korporation, so muß der Antragende so lange warten, als erforderlich ist, um über den Antrag verfassungsmäßig Beschluß zu fassen und dem Antragsteller bekannt zu geben.

9) H. G. B. Art. 319. Es ist nicht schlechthin und unter allen Umständen Antwort mit nächster Post erfordert, vielmehr kann der Empfänger der Offerte eine dem Gegenstande der Offerte und dem gewöhnlichen ordentlichen Geschäftsverkehr angemessene Frist zur Prüfung der Offerte in Anspruch nehmen. R. O. H. G. Bd. 13 S. 164. War ausdrücklicher Wille des Offerenten oder ergiebt es sich aus der Natur des Geschäfts, daß die Antwort durch Telegramm geschehe, so ist eine Postantwort ungenügend.

10) Auch stillschweigend kann die Zeit begrenzt werden. Wer z. B. einem Andern durch Telegramm einen Antrag macht, giebt dadurch der Regel nach zu erkennen, daß er eine unmittelbare telegraphische Antwort erwartet und nur so lange gebunden sein will, als diese ordentlicherweise Zeit braucht.

11) Vgl. L. R. I, 5 §§. 91—93.

Digitized by Google

gelangt ist; denn bis dahin ist die Willensäußerung nicht vollendet, so daß sie durch einen schneller angelangten Widerspruch, z. B. durch Boten oder durch Telegramm noch gehemmt werden kann.[12] Die Kraft der Offerte erlischt dann, wenn die vom Antragenden bestimmte oder die gesetzliche Frist vor Einlaufen der Antwort verflossen ist.[13] Dies auch, wenn die Annahme von der Gegenseite rechtzeitig erfolgte, aber in Folge eines Zufalls verspätet einlief. Nur wenn der Offerent selbst bewirkt hat, daß die Annahme nicht rechtzeitig an ihn gelangt, wird er gebunden, gleich als habe er sie empfangen.[14] Ferner hört die Verbindlichkeit aus dem Antrage auf, wenn etwa vor Ablauf der Wartefrist eine ablehnende Antwort eintraf.[15] Läuft die an sich rechtzeitig abgegebene Annahme zufälligerweise verspätet ein, so ist der Antragende, welcher von seinem Rechte, sie zurückzuweisen, Gebrauch macht, gehalten, dem Gegentheile unmittelbar hiervon Mittheilung zu machen; sonst ist er wegen culpa in contrahendo verantwortlich, wenn dem andern Theile durch seine Unkenntniß Schaden erwuchs.[16]

Auch die Erklärung über die Annahme oder Ablehnung des Antrags ist so lange unverbindlich und durch den Acceptanten widerrufbar, bis sie in die Hand des Antragenden gelangt, da sie erst hierdurch in gehöriger Weise vollzogen ist; nur muß natürlich der Widerruf mindestens gleichzeitig mit der ersten Erklärung eingehen.[17] Einer Ablehnung steht die Annahme dann

---

12) H. G. B. Art. 320. Wie wenn der Offerent stirbt oder verfügungsunfähig wird, ehe die Offerte in die Hand des Oblaten kommt? L. R. I, 5 §. 106 — siehe unten Anm. 21 — betrifft diesen Fall nicht, vielmehr nur den Fall, daß der Offerent „nach geschehenem Antrag" stirbt. Der Oblat wird daher nur dann noch bindend acceptiren können, wenn er von jenen Ereignissen vor der Acceptation nicht unterrichtet war; vgl. Striethorst Bd. 97 S. 225.

13) L. R. I, 5 §. 103. Wer das Zustandekommen des Vertrags behauptet, hat im Streitfall das rechtzeitige Einlaufen der acceptirenden Antwort darzuthun. Die Aufgabe einer Antwort zur Post allein genügt nicht.

14) Dies ist die Bedeutung von L. R. I, 5 §. 102. Es wird z. B. der Brief, welcher die Annahme enthält, von dem Antragsteller nicht angenommen.

15) Indem es in der Ablehnung eines Antrages vor Ablauf der Wartefrist mit Recht die Entsagung eines Rechts sah, hatte ein Appellationsgericht die schriftliche Form für die Geltung einer solchen Ablehnung erfordert nach L. R. I, 5 §. 134. Das Obertribunal hat sich indessen hiergegen erklärt Entsch. Bd. 33 S. 30, womit man sich befreunden kann, nicht weil in solcher Ablehnung keine Entsagung eines Rechts liegt, wie das Obertribunal deducirt, sondern weil es unbillig und zweckwidrig ist, denjenigen, welcher eine Wartefrist gesteckt hat, nach mündlicher Ablehnung des Gegentheils noch gebunden zu erachten, vgl. oben §. 96 Anm. 5.

16) L. R. I, 5 §. 105. Striethorst Bd. 84 S. 262. Das Handelsgesetzbuch Art. 319 geht weiter. Es sieht den Vertrag geradezu als geschlossen an, wenn die rechtzeitig abgesendete Annahme verspätet ankommt und der Antragsteller nicht schon vorher oder doch ohne Verzug nach Einlaufen der Annahmeerklärung dem Gegentheile seinen Rücktritt kund gab.

17) Bekanntlich ist es eine der bestrittensten Fragen des gemeinen Rechts, wann der Vertrag durch Annahme perfekt wird, ob im Momente, in welchem sich der

Digitized by Google

gleich, wenn sie unter Bedingungen[18] oder Beschränkungen erfolgt,[19] welche in dem Angebote nicht vorgesehen waren; doch wird unter Umständen in einer solchen Erklärung ein selbständiges Angebot gesehen werden.

Nach römischem Rechte kam auch dann kein Vertrag zu Stande, wenn vor der Erklärung einer Offerte entweder der Offerent oder derjenige, welchem die Offerte gemacht war, gestorben war, da hiermit die Möglichkeit einer Willenseinigung zwischen dem Antragenden und dem, an welchen der Antrag

---

Acceptant seinerseits entschlossen hat, also etwa nachdem er das Ja geschrieben hat, oder erst wenn der Antragsteller den Entschluß erfahren hat. Für die erstere Ansicht ist unter Anderm Thöl Handelsrecht Bd. 1 §. 237, weil der Konsens bereits vorhanden sei, wenn auch der Antragende nicht wisse, daß er vorhanden sei. Dagegen ist unter Anderm: Wächter Archiv für civ. Praxis Bd. 19 S. 116 n. 3. Eine Mittelmeinung trägt Scheurl vor, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts I, S, 301 ff., indem er zur Vollendung der Willenserklärung unter verschiedenen Umständen Verschiedenes für genügend und erforderlich hält. Geht man davon aus, daß der Wille erklärt und daß die Erklärung vollendet sein muß, so muß man sich unter Verwerfung jeglicher Mittelmeinung für die zweite Ansicht entscheiden. Oder sollte die Erklärung abgeschlossen sein, wenn der Brief geschrieben, aber noch nicht adressirt ist, oder wenn er kouvertirt oder gesiegelt oder dem Hausknecht übergeben oder in den Briefkasten geworfen ist? Vergebens sucht man in der ganzen Skala der Mittel der Erklärung, ehe sie an den Adressaten gelangt, nach einem festen Abschluß. Vgl. etwa auch l. 38 pr. D. de a. v. o. p. 41, 2. Das preußische Recht stimmt mit unserer Ansicht überein und verwirft nur im L. R. I, 5 §. 82 die noch weiter gehende Meinung von Darries, daß auch die Annahme wieder vom Antragsteller acceptirt werden müsse. Das deutsche Handelsgesetzbuch hingegen hat Art. 321 den theoretischen Satz aufgestellt, „der Zeitpunkt, in welchem die Erklärung der Annahme behufs der Absendung abgegeben ist (wann ist dies der Fall?), gilt als Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages." In vollem Widerspruche mit diesem Satze bestimmt aber Art. 320, daß die Annahme für nicht geschehen zu erachten sei, wenn der Widerruf vor der Erklärung der Annahme oder gleichzeitig bei dem Antragsteller eingegangen sei. Damit ist der theoretische Satz des Art. 321 außer Kraft gesetzt. Freilich hat der, welchem die Offerte gemacht ist, hierdurch, wie Thöl hervorhebt, die Möglichkeit innerhalb der Wartefrist günstige oder ungünstige Chancen auszubeuten. Doch ist dies nicht mit dem Rechte der Rücknahme der Acceptation Zusammenhängendes, vielmehr die Folge davon, daß der Offerent für eine gewisse Zeit einseitig gebunden ist. Will er dies nicht, so muß er ohne Obligo offeriren.

18) L. R. I, 5 §§. 84. 85. D. H. B. G. Art. 322. Ueber Bedingungen in praesens oder in praeteritum collatae siehe oben § 86 Anm. 12. Ob Gegenvorschläge eine Ablehnung in sich schließen, ist Thatfrage. Sie sind keinenfalls Annahme, aber nicht nothwendigerweise Ablehnung.

19) Ist aber eine Theilung der Offerte zulässig? Es bietet Jemand 1000 Malter Getreide zu bestimmtem Preise für das Malter an, der andere Theil acceptirt 500 Malter. Ist hier zu sagen, in dem Anerbieten des Mehr liegt auch das des Weniger? vgl. l. 1 §. 4 D. de V. O. 45, 1: si me viginti interrogante, tu decem respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta: licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est viginti et decem inesse. Richtiger Ansicht nach ist dies nicht unbedingt auf unsere Offerten anzuwenden, vielmehr stets die vermuthliche Intention des Antragstellers beim Antrage zu erforschen. Es ist leicht denkbar, daß er nur die größere Quantität für den angesetzten Preis losschlagen wollte, um mit derselben zu räumen und weil er sich dann mit einem geringeren Vortheile begnügen konnte. Bleibt die Absicht zweifelhaft, so ist die theilweise Annahme nicht genügend, da die Offerte der Regel nach so angenommen werden muß, wie sie gemacht ist. Vgl. Bd. 2 §. 24 Anm. 4.

Digitized by Google

geschehen war, abgeschnitten ist.[20] Nach preußischem Rechte hingegen hindert der Tod eines Kontrahenten nach der Offerte dessen Abschluß nicht, indem die Erben des Offerenten gebunden bleiben und die Erben der Gegenseite an Stelle ihres Erblassers acceptiren können.[21]

D. Willensfehler.

§. 108. Irrthum.[1]

Irrthum oder Mißverständniß kann bewirken, daß der äußere Thatbestand der Erklärung über ein Geschäft mit der innern Vorstellung des Handelnden von demselben nicht übereinstimmt.[2] Das bloß Vorgestellte ist

---

20) l. 2 §. 6 D. de donat. 39, 5, vgl. Savigny IV, S. 152. Auch hier finden sich bei Regelsberger a. a. O. Versuche, heutiges Recht in das römische Recht hineinzutragen. Dagegen freilich Windscheid II, §. 307 Anm. 9 und 10. Doch auch Windscheid meint, der Erbe des Antragstellers sei nach römischem Rechte dem Annehmenden, der in Unkenntniß des inzwischen erfolgten Todes angenommen hat, zum Schadensersatz verpflichtet. Der römische Standpunkt ist aber ein anderer. Hiernach entsteht eben erst durch den Vertragsschluß selbst ein Anspruch dessen, dem der Antrag gemacht ist.

21) L. R. I, 5. §. 106 ff. Anders, wenn der Antrag ausdrücklich nur auf eine persönliche Begünstigung des Gegentheils abzielte. Natürlich läuft die Frist zur Annahme den Erben nur so lange, als dieselbe dem Verstorbenen gelaufen wäre. Können aber auch Einzelne der Erben annehmen, während Einige die Offerte ablehnen? Darüber ist im Erbrecht zu handeln.

1) L. R. I, 4. §. 75 ff. Savigny Bd. III. S. 263 ff. Wächter II, §. 102. Bangerow III, §. 604. Windscheid I, §. 76 ff. Baron Abh. aus dem preuß. Rechte S. 65 ff.

2) Die vielfach wiederholte Behauptung Savigny's III, S. 326, daß die juristische Behandlung der Unwissenheit völlig dieselbe sei, wie die des Irrthums, so daß es wissenschaftlich gleichgültig sei, welchen von diesen beiden Ausdrücken man gebrauche, ist in dieser Allgemeinheit unrichtig. Man kann nämlich gültigerweise Verpflichtungen übernehmen, über deren Umfang und Beschaffenheit man sich in Unkenntniß befindet, während das Geschäft im Falle des Irrthums über den Inhalt der Verpflichtung nichtig wäre. Ein Kauf z. B. mit der Bestimmung quanti tu emisti, quantum pretii in arca habeo ist gültig, auch wenn die Kontrahenten die Summe um welche es sich hierbei handelt, nicht kennen, l. 7. §. 1. D. de contr. emt 18, 1;, er wäre nichtig, wenn die Parteien bestimmte, aber irrthümliche Vorstellungen über die so bezeichnete Summe gehabt hätten. So ist auch eine Verbürgung für die Schulden einer Person gültig, obgleich man deren Belauf nicht kennt; hielt man irrthümlicherweise deren Betrag für begrenzter, als dies wirklich der Fall ist, so kann man sich auf diesen Irrthum berufen. An sich hat, um noch einen nicht selten vorkommenden Fall zu erwähnen, die Vertragsbestimmung Geltung, wonach „die Usancen und Bedingungen, wie solche in den Schlußscheinen der Berliner vereideten Mäkler angegeben sind," Bestandtheile des Geschäfts sein sollen. Wird dann aus dieser Bestimmung etwa die Verpflichtung hergeleitet, sich einem Schiedsspruche zu unterwerfen, so kann sich der Verklagte hiergegen keineswegs durch den Einwand schützen, daß er von einer solchen Klausel der Schlußscheine nichts gewußt habe, da er sich deren Bestimmungen unterwerfen konnte, ohne sie zu kennen. Dagegen vermag er die Verbindungskraft der Klausel abzulehnen, wenn er einen Irrthum über den Inhalt der Schlußscheine darzuthun vermöchte, indem er z. B. nachwiese, daß er geglaubt habe, es sei auf ein älteres, nunmehr revidirtes Formular verwiesen worden, welches jene Klausel nicht enthielt.

Digitized by Google

dann nicht zum Geschäft geworden, weil es nicht nach außen hin hervorgetreten ist, das Geäußerte aber erzeugt keine Rechtswirkung,[3] weil dies der Handelnde nicht gewollt hat.[4]

Doch nicht jede Abweichung des realen vom vorgestellten Thatbestande berechtigt zur Annahme eines Zwiespalts von Willen und Erklärung; vielmehr wird sich der Wille an gewisse hauptsächliche Seiten des Geschäfts heften, bei deren Vorhandensein das Nebensächliche nicht in gleichen Betracht kommt. Was aber bei dem konkreten Geschäfte als Hauptsache gilt, wird nicht nach dem individuellen Gemüthsstande des Handelnden geprüft, welcher möglicherweise Gewicht auf das legte, was allen Anderen als bedeutungsloser Nebenpunkt gilt; denn die sichere Erforschung innerer Willensmomente ist für das Recht stets unerreichbar, zudem aber würde bei Berücksichtigung jeder unausgesprochenen individuellen Willensnüance die Rechtssicherheit gefährdet sein. Daher stellt das Recht gewisse Durchschnittsregeln auf, nach welchen die Frage, ob der Irrthum ein wesentlicher war, bemessen wird.

Im Einzelnen nun weicht aber römisches und heutiges Recht ab. Das römische Recht legt alles Gewicht auf äußere plastische Momente. Wesentlich ist ihm daher jeglicher Irrthum über die Person des Mitkontrahenten, ohne daß untersucht wird, inwieweit die Rücksicht auf die Individualität des Mitkontrahenten den Kontraktsabschluß bestimmt hat.[5] In Bezug auf den Irrthum über das Objekt findet sich ein Fortschreiten der römischen Juristen. Ursprünglich nahm man bei Kontrakten über speciell bestimmte Gegenstände einen wesentlichen Irrthum über das Objekt nur an, wenn die Kontrahenten räumlich verschiedene Objekte ins Auge gefaßt hatten.[6] Später berücksichtigte man bei zweiseitigen Kontrakten auch im Falle räumlicher Identität des Objekts irrige Vorstellungen über gewisse Eigenschaften desselben, dies aber nur insofern der Irrthum entweder das Wesen der äußeren Gestaltung[7]

---

3) Dies gilt auch den gerichtlich aufgenommenen Urkunden gegenüber, vgl. oben §. 102 Anm. 10.

4) Cfr. l. 9. pr. D. de hered. inst. 28, 5.

5) Dies nimmt mit Recht Savigny III, S. 270 allgemein an. In der That läßt die Entscheidung in l. 32. D. de rebus creditis 12, 1 keine andere Auffassung zu. Moderne Rechtsanschauungen vertheidigt u. A. auch hier als römische: Windscheid I, §. 76 Anm. 6.

6) Cfr. l. 9. §. 2. D. de c. e. 18, 1. Marcellus scripsit libro 6. Digestorum: emtionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. Wir müssen unterstellen, daß Marcellus die ältere Theorie vertheidigte. Andere Juristen huldigten allerdings bereits in der Hadrianischen Zeit, ja früher einer freieren Auffassung l. 41. §. 1. D. de contr. emt. 18, 1.

7) Daher war Irrthum im Geschlecht des Sklaven von Relevanz nach l. 11. §. 1. D. de contr. emt. 18, 1.

Digitized by Google

oder die wesentliche stoffliche Zusammensetzung des Objekts betraf (sog. error in substantia).[8]

Hingegen das preußische Recht hält sich nicht an dergleichen äußerliche Merkmale, sondern sieht auf das, was im Verkehr und Leben der Regel nach beim Abschlusse als entscheidend gilt. Es frägt also, ob nach dem Durchschnitt der Fälle das Geschäft präsumtiv auch dann abgeschlossen worden wäre, wenn der Handelnde das Sachverhältniß gekannt hätte: ist dies zu verneinen, so ist ihm der Irrthum ein wesentlicher, im Bejahungsfalle sieht es das Geschäft als gültig an.

Wesentlich also ist ihm der Irrthum, wenn derselbe die Essentialien des Geschäfts betrifft, da etwa der Eine entgeltlich veräußern, der Andere unentgeltlich erwerben wollte.[9] Dagegen ist bei uns der Irrthum über die Identität der Person des Mitkontrahenten nicht schlechthin wesentlich, vielmehr ist das Geschäft nur dann ungültig, wenn aus den Umständen erhellt, daß ohne diesen Irrthum die Erklärung solchergestalt nicht erfolgt sein würde.[10] Irrthum über die körperliche Identität des Geschäftsgegenstandes ferner wird auch bei uns regelmäßig wesentlich sein, es sei denn, daß die Sachen, um die es sich handelt, zu den Dingen gehören, welche der Verkehr nur nach

8) Inwieweit nach römischem Rechte Irrthum in den Eigenschaften des Objekts ein wesentlicher sei, ist bekanntlich sehr bestritten. Savigny Bd. III. S. 283 ff. nimmt an, die römischen Juristen hätten den Irrthum dann für wesentlich erklärt, wenn die Sache durch ihre irrig vorausgesetzten Eigenschaften nach den im Verkehr herrschenden Begriffen zu einer andern Art gerechnet werden müßte, als wozu sie wirklich gehört hatte. Dies wäre gewiß ganz rationell; es spricht sich aber hierin der moderne Standpunkt, nicht der römische, aus. Man vergleiche die Beispiele der Quellen. Gemäß der l. 21. §. 2. D. de actionibus emt. 19, 1 (nach der unzweifelhaft richtigen Lesart der Florentina) von Paulus war der Kauf gültig, wenn Jemand ordinäre Tische, z. B. tannene statt solcher von Citronenholz kaufte, weil sie aus dem gleichen Stoffe — Holz — bestehen, obgleich beide ganz verschiedenen Verkehrsfunktionen, zum Luxus — zum bürgerlichen Gebrauch — dienen, nach l. 45. D. de contr. emt. 18, 1, wenn Jemand alte Kleider statt neuer kaufte, nach l. 9. §. 2. D. de c. e. 18, 1, wenn Jemand Weinessig — acetum — statt Wein kaufte, „quia eadem prope ὄψια est;“ in l. 14. D. de c. emt. ferner wird geäußert: quum coheredes viriolam, quae aurea dicebatur pretio exquisito uni heredi vendidissent eaque inventa esset magna ex parte aenea venditionem esse constat, quia auri aliquid habuit. und in l. 45. D. eod. endlich sogar Messing (aurichalcum) nicht als vom Golde substantiell verschieden angesehen, wobei denn freilich die naiven chemischen Begriffe der Römer zu Grunde liegen. Der Verkehr wird alle diese Dinge in sehr verschiedene Kategorien setzen.

9) L. R. I, 4. §. 75. l. 18. pr. D. de reb. cred. 12, 1.

10) Wesentlich ist der Irrthum über die Person stets dann, wenn derselben kreditirt, z. B. ein Darlehen gegeben oder auf Kredit verkauft wurde. Wäre jedoch in letzterem Falle der Käufer bereit sofort zu zahlen, so würde das Interesse des Verkäufers bei dem Irrthume über die Person verschwinden und das Geschäft unanfechtbar werden. Wesentlich ist auch der Irrthum über die Person des Miethers oder Vermiethers, sowie dessen, der Dienste verspricht, da hier überall das Vertrauen zur individuellen Person des Mitkontrahenten mitbestimmend ist. Dagegen ist irrelevant die Person des Darlehensgläubigers u. s. f.

Digitized by Google

Gattung und Art schätzt.[11] [12] Was endlich den Einfluß des Irrthums in den Eigenschaften einer Person oder Sache betrifft, so bestimmt das Landrecht, die Willenserklärung werde entkräftet durch solche Eigenschaften der Person oder Sache, welche ausdrücklich ausbedungen oder gewöhnlich vorausgesetzt werden.[13] Hiernach sind bei uns namentlich diejenigen Eigenschaften einer Sache wesentlich, welche dieselbe nach den im Verkehr herrschenden Begriffen der Gestalt charakterisiren, daß im Falle ihres Mangels die Sache zu einer andern Art von Sachen gerechnet werden muß, als die Parteien voraussetzten.[14]

Daß dagegen Irrthum in den Beweggründen der Regel nach ohne Einfluß auf das Geschäft ist,[15] daß ferner falsche Bezeichnungen und

---

11) Kontrahiren zwei Personen über eine Anzahl von Kaffeesäcken, A. glaubt die Säcke, welche er im Magazine sieht, würden ihm verkauft; B. will andere Säcke gleicher Beschaffenheit verkaufen, die ihm erst zugesendet werden, so kommt der Irrthum über die körperliche Identität nicht in Betracht. — Handelt es sich um einen Irrthum über Quantitäten, so ist nach den Umständen zu entscheiden, ob trotzdem, daß der eine Theil eine größere, der andere eine kleinere Summe meinte, wenigstens eine Uebereinstimmung über die geringere Summe vorliegt. Hat z. B. der Verkäufer ein Geringeres als Kaufpreis gefordert, der Käufer eine höhere Summe geboten, so liegt Einverständniß über die geringere Summe vor, welche der Käufer in der höheren Summe mit angeboten hat; l. 52. D. locati 19, 2. Vgl. aber auch oben §. 107 Anm. 19.

12) Einen Irrthum über das, was nur als Zugabe bezeichnet ist, wollten die Römer nie als wesentlich ansehen, selbst wenn erkennbar war, daß es den Parteien hauptsächlich auf die Zugabe ankam, l. 34. pr. D. de contr. emt. 18, 1. Diese römische Auffassung kann bei uns nicht gelten, vielmehr wird auch hier auf das gesehen, was präsumtiv bestimmend war.

13) L. R. I, 4. §§. 77. 81. vgl. L. R. I, 5. §§. 325. 329. Siehe auch L. R. II, 1. §. 40. Nicht zweifellos ist, was unter „Eigenschaften" einer Person oder Sache zu verstehen sei? Eigenschaft ist richtiger Ansicht nach nicht bloß die Beschaffenheit der Person oder Sache an sich, sondern auch die Summe der Beziehungen, welche sich an sie anschließen und ihr wesentlich zugehören. Eigenschaft einer Person werden daher nicht bloß Geistes- und Körpereigenschaften derselben sein, wie Redlichkeit, Kenntnisse, es kann unter Umständen auch der Besitz von Zahlungsmitteln hierher gerechnet werden, anderer Ansicht das O. T. bei Striethorst Bd. 80 S. 304. Als Eigenschaft einer Sache ist in gleichem Sinn unter Anderm auch der Reinertragsbetrag, den sie regelmäßig abwirft, anzusehen, Gruchot Bd. 13 S. 519. Zu den Eigenschaften gehört an sich auch die bessere Beschaffenheit einer Sache, es kann jedoch der bloße error in bonitate in der Regel, da man eine bessere Beschaffenheit, welche nicht bedungen ist, vorauszusetzen nicht befugt ist, nicht in Betracht gezogen werden, vgl. Glück Bd. 16 S. 19, aber auch das Erkenntniß Reichsoberhandelsgericht Bd. 22 S. 392, welches solchen Irrthum als unter Umständen wesentlich erklärt. Kein Irrthum über Eigenschaften ist die Schätzung einer Sache im Verkehr, also ihr Werth. So mit Recht R. O. H. G. a. a. O.

14) Diesen Irrthum erachtet Savigny System Bd. 3 S. 283 allein als zu berücksichtigen. Es schließt sich dem auch für das preußische Recht, wie es scheint, an Förster Bd. 1 §. 78 S. 449.

15) Vgl. oben §. 105. Ob ein Irrthum nur den Bewegungsgrund betrifft oder das Wesentliche des Geschäfts, dies wird nicht selten zweifelhaft sein. Ist z. B. der Irrthum ein wesentlicher, wenn der Verkäufer irrthümlich glaubte Eigenthümer des verkauften Grundstückes zu sein? Nein, denn der Irrthum hat keinerlei falsche Vor-

Digitized by Google

Beschreibungen unwesentlich sind, wurde bereits in anderm Zusammenhange berührt.[16]

Der wesentliche Irrthum macht das Geschäft nichtig. Und zwar war die Nichtigkeit nach den Principien des römischen Rechts eine absolute, da die Willensübereinstimmung nur eine scheinbare, der Vertrag also in Wahrheit nicht geschlossen war. Das moderne Recht hingegen behandelt die Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte unter Lebenden als eine relative, indem man annimmt, daß sich der Mitkontrahent nicht darüber beschweren kann, wenn er an einem Kontrakt festgehalten wird, in den er, sowie er sich darstellt, seinerseits ohne Irrthum willigte.[17] Da aber das Geschäft in Folge des Irrthums des andern Theils gewissermaßen hinkend wird, so kann der Mitkontrahent dem Irrenden eine Frist setzen, innerhalb deren sich dieser über die Anerkennung oder Verwerfung des Geschäfts zu erklären hat.[18]

§. 109. Entschuldbarkeit des Irrthums.[1]

Nach römischem Rechte konnte man sich zur Entkräftung einer Willenserklärung nur auf solchen Irrthum berufen, welcher entschuldbar war. Dies leugnet man zwar neuerdings, weil auch eine Erklärung, welche durch unent-

---

stellungen über den Inhalt des Geschäfts hervorgerufen, wenn er auch auf dessen Entschluß zum Verkauf — das Motiv des Geschäfts — eingewirkt hat, vgl. Gruchot Bd. 7 S. 225. Aehnlich wenn Jemand ein uneheliches Kind als das seine anerkannt hat in dem falschen Glauben, daß er allein mit der Mutter während der Konceptionszeit zu thun hatte; denn dieser Glaube war offenbar nur das Motiv seiner Anerkennung. Das Obertribunal, hiermit übereinstimmend, rechtfertigt die Entscheidung aus dem unzutreffenden Grunde, daß es sich nur um „Nebenumstände" handle. Striethorst Bd. 47 S. 130, vgl. ferner Bd. 48 S. 32. Wenn aber bei Seeversicherungen der durch unrichtige Angaben oder Verschweigen erheblicher Umstände Seitens des Versicherungsnehmers bei dem Versicherer erregte Irrthum den Vertrag für den Letzteren unverbindlich macht und zwar ohne Rücksicht darauf, ob dem Versicherungsnehmer eine Schuld zur Last lag, deutsches H. G. B. Art. 813, so ist dies folgerecht. Denn jene Anzeigen bilden nicht bloß den Beweggrund der Versicherung, sondern bestimmen zugleich den Inhalt des Geschäfts, nämlich den Umfang der Gefahr, für welche der Versicherer eintritt. Vgl. übrigens unten Bd. 2 §. 232.

16) Oben §. 94 Anm. 4. Hat daher Jemand eine Anzahl von Flaschen „Liebfrauenmilch" gekauft, so kann er den Kauf nicht aus dem Grunde anfechten, weil der gelieferte Wein nicht wirklich Liebfrauenmilch sei, vorausgesetzt nur, daß derselbe probemäßig ist oder doch den Charakter des Weines hat, der im Handel unter dem Namen Liebfrauenmilch zu gehen pflegt. Ist ein Kaufkontrakt über „Domingoblauholz" abgeschlossen, so kann der Verklagte das Geschäft nicht um deswillen anulliren, weil das Blauholz nicht in Domingo, sondern in Jamaica gewachsen sei, Seuffert Archiv II, n. 20.

17) Vgl. oben §. 71 Anm. 6. Hiermit stimmt das Obertribunal überein, vgl. auch Art. 813 des Handelsgesetzbuches. Dagegen dissentirt Koch Kommentar zu L. R. I, 4. §. 78. Relative Nichtigkeit bewirkt der wesentliche Irrthum auch bei der Eheschließung. Letztwillige Verfügungen macht er absolut nichtig.

18) Arg. L. R. I, 5. §. 13.

1) Vgl. oben §. 20.

Digitized by Google

schuldbaren Irrthum veranlaßt war, den Erklärenden nicht binden könne, da sie nicht gewollt war.[2] Aber die Erklärung galt in diesem Falle den Römern eben um deswillen als gewollt, weil sie den Nachweis des unentschuldbaren Irrthums, durch dessen Erbringung allein die Nichtübereinstimmung des Willens mit der Erklärung dargethan werden konnte, nicht zuließen.[3] Das preußische Recht kennt diesen Satz des römischen Rechts nicht. Auch unentschuldbarer Irrthum, und insbesondere Rechtsirrthum, kann bei uns nachgewiesen werden, um die Nichtexistenz des Willens darzuthun.[4] Der solchergestalt Irrende ist jedoch dem Gegentheile nach den Grundsätzen des preußischen Rechts wegen seiner culpa in contrahendo für den durch das Nichtzustandekommen des Geschäfts entstandenen Nachtheil verantwortlich.[5] Ein Irrthum in den Eigenschaften der Person oder des Geschäftsobjektes soll aber ausnahmsweise, wenn er unentschuldbar ist, auch nach preußischem Rechte nicht berücksichtigt werden.[6]

§. 110. Betrug.[1]

Welchen Einfluß hat es auf die Geltung einer Willenserklärung, wenn dieselbe Seitens eines Mitkontrahenten durch absichtliche Erzeugung von Irrthümern oder unlautere Benutzung derselben veranlaßt ist. Bewirkte solcher Betrug einen wesentlichen Irrthum, z. B. im Falle der Unterschiebung einer Urkunde andern Inhalts, als der verabredete, zur Unterschrift, so ist das Geschäft um deswillen nichtig, weil es zu einer wirklichen Einigung nicht kam. Rein tritt dagegen die Wirkung des Betrugs nur hervor, wo derselbe irrige Bewegungsgründe zum Geschäftsschluß hervorrief.

Den Römern galt ein durch Betrug und unlautere Mittel bewirktes Geschäft an sich als gültig, da es beiderseitig gewollt war, nur konnte es seit den letzten Zeiten der Republik der Betrogene dem Betrüger gegenüber durch exceptio doli entkräften. Ferner hatte er gegen den Betrüger eine actio doli. Durch dieselbe durfte er nach seiner Wahl entweder völlige Beseitigung der Folgen des betrügerischen Geschäfts, sowie Schadensersatz

2) Savigny Bd. III. S. 264.

3) Hierfür sprechen die allgemeinen Aeußerungen der Römer über unentschuldbaren Irrthum; auch die Stellung der l. 15. §. 1. D. de c. e. 18, 1 in der justinianischen Sammlung kommt in Betracht

4) Anders einige Obertribunalsentscheidungen, Rechtsfälle aus der Praxis des O. T. Bd. 1. S. 249. n. 115, weil auch bei uns error juris nocet. Dies soll nicht bestritten werden. Es frägt sich jedoch, in welcher Weise er schadet.

5) L. R. I, 4. §§. 78—80. Ihering Jahrb. für Dogmatik IV. S. 1 ff. nimmt an, daß auch die Römer eine Verhaftung wegen culpa in contrahendo gekannt hätten.

6) L. R. I, 4. §. 82.

1) L. R. I, 4. §§. 84—90. Savigny Bd. III. S. 115 ff.

Digitized by Google

wegen Vereitelung des erhofften Anspruchs fordern (Rescissionsklage), oder er konnte auch Vergütung der Werthdifferenz zwischen dem wirklichen und dem vorgespiegelten Geschäft, bei dem er es beließ, verlangen (Differenzklage).[2]

Die ältere gemeinrechtliche Theorie,[3] mit ihr das preußische Recht, weicht hiervon in folgender Weise ab. Das Geschäft, welches durch den Betrug des Mitkontrahenten veranlaßt ist,[4][5] gilt uns als nichtig, nicht bloß als entkräftbar, da der Betrüger durch seine Arglist keine Rechte erwerben kann. Doch ist die Nichtigkeit nur eine relative zu Gunsten des Betrogenen, nicht des Betrügers, welcher sich auf den eigenen Dolus nicht stützen kann, sie wirkt aber, abweichend vom römischen Rechte, den Singularsuccessoren des Betrügers gegenüber. Diese Nichtigkeit wird aber, und dies führt zu einer weiteren Abweichung vom römischen Rechte, nur angenommen, wenn der Betrug den Abschluß des Geschäfts selbst oder doch seine wesentlichen Bestimmungen veranlaßte (sog. dolus causam dans). Nur hier hat also bei uns der Betrogene die Wahl zwischen Nichtigkeitserklärung des Geschäfts neben dem Anspruch auf Schadloshaltung und zwischen der Einklagung der Differenz unter Aufrechthaltung des Geschäfts. Hat dagegen der Betrug nur Modalitäten des Geschäfts veranlaßt (dolus incidens), so ist bei uns dem Betrogenen die Anfechtung des Geschäfts selbst nicht möglich, vielmehr steht

---

2) Cfr. l. 11. §. 5. l. 13. §. 4. D. de act. emt. 19, 1.

3) Vgl. u. A. Glück Bd. IV. S. 113 ff.

4) Es muß ein Kausalzusammenhang zwischen der Vorspiegelung und dem Geschäftsschluß nachweisbar sein; dabei ist nur zu beachten, was vernünftigerweise auf die Entschlüsse des andern Theils Einfluß haben konnte. Meist werden daher Aeußerungen über das, was der eine Kontrahent künftig thun wolle, irrelevant sein, weil die Unsicherheit derartiger Versprechungen einleuchten mußte. Viel zu weit geht es aber, wenn bei Striethorst Bd. 78 S. 240 ff. ausgesprochen wird, Betrug könne nur in Erregung eines Irrthums über bestehende Verhältnisse und nicht in einem für die Zukunft gegebenen Versprechen, welches der Versprechende von vornherein nicht halten wollte, liegen.

5) Wann erscheint das bloße Verschweigen von Thatsachen, welche für den Geschäftsschluß relevant sind, als betrügerisch? Das Verschweigen muß Umstände betreffen, deren Kenntniß auf den Entschluß des andern Theils voraussichtlich von Einfluß gewesen wäre und muß sich nach der Verkehrsauffassung als etwas Malhonettes, eine Uebervortheilung darstellen. Dies ist der Regel nach nur dann der Fall, wenn es sich um Thatsachen handelt, deren Kenntniß dem Gegentheile nicht innewohnen konnte. Wem dagegen selbst ausreichende Mittel zu Gebote standen, sich aufzuklären, kann sich nicht darüber beschweren, daß ihn der Mitkontrahent nicht seinerseits aus Irrthümern und falschen Voraussetzungen weckte. Denn die Wahrung der eigenen Interessen ist zunächst die eigene Sache eines Jeden. Gemäß diesen Grundsätzen haftet der Verkäufer, wenn er solche Mängel nicht angezeigt hat, welche der Käufer nicht erkennen konnte. Cfr. l. 43. §. 2. D. de contr. emt. 18, 1. l. 35. §. 8. D. eod. l. 11. §. 5. D. de act. emt. vend. 19, 1. Viel weiter Savigny III. S. 119. Einseitig Koch zu L. R. I, 4. §. 84. Anm. 90.

Digitized by Google

ihm nur die Differenzklage zur Ausgleichung seines Schadens offen.[6] Diese moderne Theorie ist um deswillen wenig zweckmäßig, weil in Folge derselben der Betrogene, welcher das Geschäft aufrufen will, nicht nur den Betrug, sondern auch, daß er durch denselben zum Geschäftsschluß selbst bestimmt wurde, darthun muß,[7] ein Nachweis, womit das römische Recht den Betrogenen billigerweise verschonte.[8]

Betrug eines Dritten ohne Zuthun eines Kontrahenten macht den Betrüger zwar verantwortlich, ist aber nach preußischem wie nach römischem Rechte ohne Einfluß für die Geltung des Geschäfts, falls er keinen wesentlichen Irrthum erzeugte.[9]

§. 111. Trunkenheit. Fieberdelirium.[1]

Wenn Trunkenheit, Fieberdelirium, Krankheit eine solche Verdunkelung der Vernunft des Handelnden herbeigeführt haben, daß das klare Erkennen des wesentlichen Thatbestandes des abgeschlossenen Geschäfts fehlt, so ist dieses wegen Mangels des Willens nichtig.[2] Dagegen ist das Geschäft an sich dann gültig, wenn die Trunkenheit oder Krankheit nur eine Ueberreizung der Phantasie bewirkte, so daß im Geiste des Handelnden das Gewicht der für den Kontrakt sprechenden Bewegungsgründe verstärkt und das der gegentheiligen Bedenken abgeschwächt wurde. Hatte aber der Mitkontrahent diesen

---

6) L. R. I, 4. §§. 87. 88.

7) Anderer Ansicht bezüglich des Beweises Bornemann Bd. 1 S. 154.

8) Daß wenigstens das Letztere mit dem römischen Rechte übereinstimme, nehmen freilich an: Bangerow Bd. III, §. 605. II. Windscheid Bd. I, §. 78. Anm. 7, wie es scheint ohne Grund.

9) L. R. I, 4. §. 89. Wenn die Gründer einer Aktiengesellschaft den Zeichnern der Aktien unrichtige Angaben machten oder solche Umstände verschwiegen, deren Kenntniß für die Beurtheilung des Unternehmens von Bedeutung war, so haften sie diesen nach römischem Rechte für dolus, nach preußischem Rechte für mäßiges Verschulden, dagegen können die Zeichner der Aktien sich gegenüber der Aktiengesellschaft auf den Dolus oder das Verschulden jener Gründer nicht berufen, um ihren Rücktritt von der Gesellschaft zu rechtfertigen, da die Verpflichtung aus der Aktienzeichnung zu Gunsten der Gesellschaft, nicht den Proponenten gegenüber, entsteht. Indessen können sie die Pflicht zur Einzahlung verneinen, wenn sie einen wesentlichen Irrthum nachweisen können. Vgl. unten Bd. 2 §. 226.

1) L. R. I, 4. §§. 28—30. I, 4. §§. 91—93.

2) Das Gleiche soll von heftiger Leidenschaft, Schrecken, Furcht, Zorn gelten, bei denen der Betreffende der Vernunft nicht mächtig war, L. R. I, 4. §. 29. Daß Trunkenheit oder Leidenschaft oder auch Krankheit diesen Grad erreicht haben, soll zwar nicht vermuthet werden, I, 4. §. 30, d. h. ist zu beweisen, kann indessen aus den Umständen dargethan werden. Unrichtig ist es, wenn Leyser med. vol. V. sp. 348. II. behauptet, dieser Beweis sei gegen einen gerichtlichen Akt nicht zu führen, vgl. Koch Recht der Ford. II. S. 311. Es ist mir ein Fall erinnerlich, in welchem ein Nervenfieberkranker gerichtlich in einen Auszugsvertrag willigte und hinterher der Beweis erbracht wurde, daß er in einem Zustande bloß scheinbaren Bewußtseins zustimmte.

Digitized by Google

Zustand arglistigerweise zu dessen Uebervortheilung herbeigeführet, so ist nach allgemeinen Grundsätzen eine Anfechtung wegen Dolus zulässig.[3] Weiter geht das preußische Recht, indem es eine Anfechtung selbst dann gestattet, wenn die Absicht der Uebervortheilung des Mitkontrahenten nicht erweisbar ist, vielmehr nur die Thatsache feststeht, daß der eine Kontrahent den andern durch Trunk oder Erregung anderer heftiger Leidenschaften in einen Zustand setzte, in welchem derselbe die Folgen seiner Handlung nicht mehr richtig zu beurtheilen vermochte. Nur ist diese besondere Anfechtung abhängig von einer den Thatbestand und die Beweismittel speciell angebenden[4] gerichtlichen Protestation innerhalb der Zeit einer Woche, nachdem die Fähigkeit, den Richter anzugehen, erlangt ist.[5]

§. 112. Zwang.[1]

Die Römer betrachteten auch durch unrechtmäßigen Zwang veranlaßte Geschäfte an sich als gültig. Die römischen Juristen rechtfertigten diesen Rechtzustand, welcher historisch aus dem ursprünglichen Uebergewicht der formgerechten Erklärung über das innere Moment des Willens folgte, durch die Betrachtung, daß auch dem Gezwungenen der Wille zum Geschäft nicht fehlte, wenn auch eine ungehörige Einwirkung auf seinen Willen stattfand.[2] Jedoch half der Prätor dem Gezwungenen, Anfangs durch eine nach der Lage des Einzelfalles bemessene restitutio in integrum, später durch ständige Anfechtungsklagen und Einreden.

Das preußische Recht hingegen legt nur dem freien Willen Verbindungskraft bei und erklärt daher das erzwungene Geschäft — mag nun der Zwang vom Mitkontrahenten oder von Dritten[3] ausgegangen sein — für

---

3) Leyser vol. I. spec. 59 med. 3.

4) L. R. I, 4. §§. 91—93. vgl. §. 46.

5) Nach der herrschenden und richtigen Meinung bezieht sich die Anzeigepflicht nicht auf den höheren Grad der Trunkenheit (L. R. I, 4. §. 28). Ebensowenig erstreckt sie sich auf den Fall, in welchem der Kläger geradezu Seitens des Gegners planmäßige Versetzung in Trunkenheit darzuthun unternimmt. Denn L. R. I, 4. §§. 91. 92 sprechen von diesem Falle nicht, und eine ausdehnende Erklärung, wie sie u. A. das Obertribunal Entsch. Bd. 45 S. 52 ff. gemacht hat, ist bei der Singularität der Bestimmung nicht zu rechtfertigen. So auch Gruchot I. S. 157.

1) L. R. I, 4. §§. 31—51. Bornemann Bd. I, S. 136. Förster Bd. I, §. 29. Savigny III, §. 114. Wächter II. §. 106. Unger II, §. 80. Schliemann die Lehre vom Zwange 1861. Schloßmann zur Lehre vom Zwang 1874. Czylarz Einfluß des Zwanges auf die Giltigkeit der Rechtsgeschäfte Iherings Jahrb. Bd. 13 S. 1 ff.

2) l. 21. §. 5. D. quod metus causa 4, 2 Paulus: quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui. Eine andere Auffassung hatte der römische Jurist Celsus l. 6. §. 7. D. de a. v. o. h. 29, 2.

3) L. R. I, 4. §. 42.

Digitized by Google

nichtig.[4] Jedoch ist auch diese Nichtigkeit nur eine relative, da der Zwingende selbst aus dem eigenen Delikte einen Grund zur Bekämpfung des Geschäfts keinenfalls ableiten kann.[5] Gemäß dieser Behandlungsweise ist insbesondere der erzwungene Eigenthumsübergang nichtig, so daß dem Gezwungenen eine rei vindicatio gegen den Besitzer zusteht. Er hat daneben aber auch eine — der römischen actio quod metus causa analoge — persönliche Klage, die er auf die Thatsache der erzwungenen Abtretung der Sache ohne Nachweis eines eigenen Rechts an derselben stützt und durch die er jedem Besitzer gegenüber deren Herausgabe erwirkt.

Bei der Beurtheilung der Frage: ob der Wille in Folge des Zwanges unfrei war, differirt gleichfalls der römische und der heutige Standpunkt. Die Römer erkannten, einen objektiven Maßstab in idealistischer Weise anlegend, Willensunfreiheit nur an bei Anwendung solcher Zwangsmittel, welche geeignet waren auf einen charaktervollen Menschen Eindruck zu machen;[6] nach preußischem Rechte genügt in realistischer Weise zur Nichtigkeit des Geschäfts, daß eine ernstgemeinte Drohung subjektiv den Bedrohten eingeschüchtert hat, ohne daß beachtet wird, ob sich ein energischer Charakter durch dergleichen hätte bestimmen lassen.[7] Natürlich rechtfertigt nur unrechtmäßiger Zwang eine Anfechtung. Solcher ist nicht Drohung mit der Ausübung einer uns zuständigen privatrechtlichen Befugniß, wohl aber Bedrohung mit der Ausnutzung eines publicistischen Rechts zur Aneignung von Privatvortheilen, z. B. Drohung mit der Denunciation eines Verbrechens.[8]

---

4) Dies ist zwar nicht unbestritten, jedoch die herrschende Ansicht vgl. Koch P. R. I. §. 104. Dagegen u. A. Förster l. c. Daß dies die Auffassung des Landrechts ist, darauf deuten §§. 31—33 l. c., nach welchen die Willenserklärung „unverbindlich" sein soll. Es entspricht dies aber namentlich der im vorigen Jahrhundert bei Civilisten und Naturrechtslehrern herrschenden Ansicht, vgl. Unger l. c. Anm. 9 und 14.

5) Daher das Geschäft durch Anerkennung desselben Seitens des Gezwungenen geheilt werden kann L. R. I, 5. §. 186. Die erzwungene Ehe ist „ungültig," sie wird durch sechswöchentliche Fortsetzung nach Aufhebung des Zwanges vollwirksam.

6) l. 6. D. quod metus causa 4, 2: metum non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadit. Findet sich bei einer Furcht „vani hominis" nach römischem Rechte wenigstens eine actio und exceptio doli, condictio ob turpem causam und dergl., wie Windscheid I. §. 80 Anm. 7 annimmt? Nein. Diese Furcht wird eben von den Römern nicht beachtet. Mit Unrecht sucht man, wie so oft, dem römischen Rechte die Spitze abzubrechen, weil sie uns nicht behagt.

7) L. R. I, 4. §§. 34. 36. 37, sog. metus reverentialis wird auch nach Landrecht nicht berücksichtigt I, 4. §. 41.

8) L. R. I, 4. §. 35. l. 7. §. 1. D. h. t. 4, 2. Dagegen vgl. L. R. I, 4. §. 38. l. 151. D. de R. J. 50, 17. l. 21. pr. D. q. m. c. 4, 2. Der Regel nach gilt also der Satz: qui jure suo utitur, neminem laedit; z. B. die Drohung, mein Haus an einen Fabrikanten zu verkaufen, falls mein Ruhe liebender Nachbar mir nicht 500 Thaler zahle, ist nicht unrechtmäßig. Etwas anders Unger II. S 50 Anm. 24. Schliemann S. 24.

Digitized by Google

Eine eigenthümliche positive Bestimmung des preußischen Rechts ist, daß der Gezwungene binnen acht Tagen, nachdem er ein Gericht antreten kann, unter Angabe der Beweismittel Anzeige von der erlittenen Gewalt machen soll;[9] die Folge der Unterlassung ist aber nicht schlechthin Verlust des Rechts, sich auf den Zwang zu berufen, sondern nur Ausschluß des Rechts der Eideszuschiebung und Unstatthaftigkeit der Auflegung richterlicher Eide, so daß der Beweis in anderer Weise vollständig zu führen ist.[10] Mit dem Inkrafttreten der Reichsproceßgesetzgebung wird diese Bestimmung aufgehoben.[11]

E. Handlung durch Bevollmächtigte.[1]

§. 113. Mittelbare und unmittelbare Stellvertretung.

Die Ertheilung einer Vollmacht zur Vollziehung von Rechtshandlungen an unserer Statt bedingt eine Art von Entäußerung der persönlichen Bestimmung über unsere Angelegenheiten und eine Durchbrechung des natürlichen Grundsatzes, daß nur den, welcher gehandelt hat, die Folgen dieser Handlungen und damit die praktische Verantwortlichkeit für dieselben treffen können. Dennoch wird es bei einem entwickelten Verkehrsleben, in welchem die Kraft des Einzelnen nicht mehr hinreicht, um die Verhältnisse seines Vermögens durch specielle persönliche Entschlüsse zu regeln, in immer höherem Grade zu einer wirthschaftlichen Nothwendigkeit, die Intelligenz und die

---

9) L. R. I, 4. §. 45 ff. Die Frist läuft also nicht immer von Aufhebung des Zwanges an, wie Förster l. c. lehrt, z. B. bei Zwang auf der See, siehe Bornemann l. c. Ueber die Dauer der Frist für die Erben des Gezwungenen siehe L. R. I, 4. §. 51.

10) Eine mit Gewalt vorgenommene Besitzentsetzung gehört nicht hierher, sie ist keine Willenserklärung und es kommt daher auch die achttägige Anzeigefrist nicht in Frage. Vgl. freilich l. 9. pr. D. quod metus c. 4, 2.

11) Einführungsgesetz zur R. C. P. O. §. 14 unter 2.

1) Das Landrecht behandelt die Lehre vom Geschäftsschluß durch Bevollmächtigte I. 13. §§. 5—227 in Verbindung mit der Darstellung der Rechte und Pflichten des Mandanten und Mandatars, welche hier dem Obligationenrechte — unten Bd. 2 §. 180 — vorzubehalten ist. Uebrigens ist im Landrechte und hiernach auch im deutschen Handelsgesetzbuche Art. 41—56. Art. 298 der ganz allgemeine Ausdruck Stellvertretung vermieden, welcher auch zutrifft, wenn Jemand statt eines Andern als Bote oder Ueberbringer handelt, vielmehr der Ausdruck Bevollmächtigung gewählt, welcher andeutet, daß es sich um einen Antheil an der Feststellung des Geschäfts durch eigene Willensthat des Bevollmächtigten handelt. Die neuere gemeinrechtliche Literatur über Stellvertretung ist bekanntlich sehr fruchtbar, vergl. unter Anderen Buchka Stellvertretung 1852, Dernburg Recension hierüber in der Heidelb. kritischen Zeitschrift I. 1. Dann die Aufsätze von Ihering und Scheurl in Iherings Zeitschrift I. 7. II. 1, II. 3. Laband die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 10 S. 183 ff. Curtius die Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen Archiv f. c. Pr. Bd. 58 S. 69 ff. Zimmermann die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio 1876. Ueber preußisches Recht vgl. Gruchot Bd. 14 S. 322 ff.

Digitized by Google

Thätigkeit Anderer behufs des Abschlusses von Rechtsgeschäften sich dienstbar zu machen, wobei denn der Vortheil eines erweiterten Wirkens durch unsere Organe den Nachtheil überwiegt, daß im Einzelnen der Bevollmächtigte vielleicht des Vertrauens sich nicht würdig zeigt. Schon das römische Recht hatte daher für den Abschluß von Rechtsgeschäften die sogenannte indirekte Stellvertretung ausgebildet, bei welcher der bevollmächtigte Zwischenhändler zwar in eigenem Namen kontrahirte und sich dem Dritten gegenüber persönlich berechtigte und verpflichtete, jedoch dem Vollmachtgeber die aus dem Geschäfte sich ergebenden Aktiven und Passiven in Rechnung zu bringen hatte. Um aber solchen Zwischenhändlern den zur Ausführung ihrer Geschäfte nöthigen Kredit zu verschaffen, gab das römische Recht, in weiterer Fortbildung dieses Systems denjenigen, die ihnen kreditirten, Klaganssprüche auch gegen den Auftraggeber, insbesondere mittelst der actio exercitoria und institoria, so daß der Vollmachtgeber gleichsam als Bürge für die in seinem Auftrage handelnden Zwischenpersonen verpflichtet wurde.[2]

Das moderne Recht kennt, wie das römische, die indirekte Stellvertretung, bei welcher, der Beauftragte in eigenem Namen, wenn auch für fremde Rechnung, handelt. Namentlich der Kommissionär schließt in dieser Weise Handelsgeschäfte für Rechnung des Kommittenten ab.[3] Durch solche Geschäfte wird aber bei uns der Zwischenhändler allein den Dritten gegenüber verpflichtet wie berechtigt.[4] Außerdem ist die direkte Stellvertretung allgemein möglich geworden, bei welcher der Vollmachtgeber unmittelbar

---

2) Unger Bd. 2 §. 90 Anm. 22 behauptet, mittelbare Stellvertretung sei gar keine Stellvertretung, sondern nur ein Aushülfsmittel für die unzulässige oder nicht gewollte Stellvertretung, mittelbare Stellvertretung sei eine contradictio in adjecto. Dies erscheint uns einseitig. Die primäre Frage bleibt die: können wir über unsere Vermögensverhältnisse nur in eigener Person disponiren oder auch so, daß wir Andere für uns handeln lassen? Wie dies Letztere geschieht, ob direkt oder indirekt, ist eine vergleichungsweise untergeordnete Frage. Der bedeutendste Schritt geschah, indem die Römer die actio mandati einführten, welche dem alten römischen Rechte unbekannt war, womit sie eine indirekte Stellvertretung ermöglichten. Daß sie eine direkte Stellvertretung hingegen für die Regel nicht kannten (l. 6. C. si quis alteri 4, 50, mit Unrecht dagegen Savigny Obligationenrecht II. S. 42 ff.), war im Grunde nur für die technische Behandlung von Wichtigkeit. Wo sie übrigens mit der indirekten Stellvertretung nicht recht auskamen, haben die Römer in der spätern Zeit unbedenklich zur direkten gegriffen, so beim Besitzerwerb l. 1. C. de acq. poss. 7, 32, beim Erwerb eines Pfandrechts l. 2. C. per quas pers. 4, 27, Dernburg Pfandrecht I. S. 206 und bei der Hingabe eines Darlehns l. 9. §. 8. D. de reb. cred. 12, 1.

3) Handelsgesetzbuch Art. 360 ff. Vgl. unten Bd. 2. §. 185.

4) Im Falle einer indirekten Stellvertretung kann der Vollmachtgeber nur auf Grund einer Cession gegen den dritten Kontrahenten klagen. Selbst nachdem ihm von dem Zwischenhändler die in seinem Auftrage gekaufte Sache übergeben ist, bedarf er zur Klage gegen den Dritten, z. B. wegen Gewährsmängel, der Cession. Umgekehrt kann hier der Vollmachtgeber, auch wenn er eine schriftliche Vollmacht ausgestellt hatte, keineswegs von dem mit dem Zwischenhändler Kontrahirenden verklagt werden, es sei denn wegen versio in rem.

Digitized by Google

diejenigen Rechte erwirbt, welche der Bevollmächtigte für ihn ausbedingt und ebenso unmittelbar durch die Verpflichtungen gebunden wird, welche dieser für ihn übernimmt,[5] während der Bevollmächtigte selbst an den Wirkungen des Kontrakts nicht betheiligt wird. Es gründet sich dies auf die Anschauung, daß es der Wille des Vollmachtgebers ist, welchen der Bevollmächtigte beim Abschlusse ausspricht und dem der Mitkontrahent zustimmt, so daß also der Wille des Vollmachtgebers durch die Erklärung des Bevollmächtigten nur seine nähere Bestimmung erhält und daß sich durch dieselbe gewissermaßen die Bedingungen purificiren, von denen sich der Wille des Auftraggebers abhängig gemacht hat.[6]

Da der Vollmachtgeber als der eigentliche Kontrahent im Falle einer direkten Stellvertretung anzusehen ist, so richten sich Form und Inhalt des Geschäfts zunächst nach der Person des Vollmachtgebers. Die Handlungsunfähigkeit des Bevollmächtigten, z. B. dessen Minderjährigkeit oder Interdiktion wegen Verschwendung kommt also nicht in Betracht,[7] vielmehr ist entscheidend die allgemeine und besondere Fähigkeit des Vollmachtgebers, z. B. zur Aufnahme von Darlehnsgeschäften oder Eingehen von Wechselverpflichtungen. Nicht nach der Person des Bevollmächtigten ferner, sondern des Vollmachtgebers würde sich die Frage zu richten haben, ob das Geschäft ein Handelsgeschäft ist. Dagegen wird allerdings der Vollmachtgeber nicht gebunden werden im Falle des Wahnsinns oder sinnloser Trunkenheit des Bevollmächtigten, da dieser in solchem Zustande nicht dem Sinne der Vollmacht gemäß abschließen kann. Die Fragen der Redlichkeit, des wesentlichen Irrthums endlich müssen sich bei Ertheilung einer speciellen Vollmacht nach der Meinung des Geschäftsherrn richten; im Falle einer generellen Vollmacht hingegen sind dieselben, da der Vollmachtgeber zu dem, was der Bevollmächtigte feststellen wird, im Allgemeinen zugestimmt hat, nach der Auffassung des Bevollmächtigten zu beurtheilen.[8 9]

---

5) Mehrere Vollmachtgeber werden durch die Bevollmächtigung gemeinschaftlich verpflichtet und zusammen berechtigt, L. R. I, 13. §. 211, vgl. über H. G. B. Art. 269 unten Bd. 2 §. 51.

6) Auf eine Fiktion führen den Eintritt des Vollmachtgebers in den Kontrakt zurück, Unger II. §. 90 Anm. 20. Windscheid I. §. 73. Anm. 16. Da aber nur eine Konsequenz des Willens des Vollmachtgebers vorliegt, so bedarf es des deus ex machina der Fiktion nicht. Freilich ist der Gegensatz nicht nur ein theoretischer, sondern ein praktisch wichtiger, da die Anhänger der Fiktionstheorie das Geschäft zunächst nach der Person des Bevollmächtigten, wir wenigstens principiell nach der Person des Vollmachtgebers behandeln.

7) L. R. I, 13. §. 32 ff., vgl. l. 7. §. 2. D. de inst. act. 14, 3.

8) Vergl. Dernburg Heidelb. krit. Zeitschrift Bd. I. S. 19 ff. „Insoweit der Principal selbst die Bedingungen seiner Einwilligung aufgestellt hat, ist der Inhalt derselben und die Gültigkeit des Vertrags lediglich aus seiner Absicht zu bestimmen, insoweit die Feststellung der Bedingungen dem Prokurator überlassen ist, aus der

Digitized by Google

Das Landrecht erkennt die unmittelbare Stellvertretung insbesondere dann an, wenn der Bevollmächtigte den Kontrakt ausdrücklich auf den Namen des Vollmachtgebers beim Abschuß stellte. Für den Fall hingegen, in welchem der Bevollmächtigte zwar bekanntermaßen für den Vollmachtgeber kontrahirte, jedoch das Geschäft auf den eigenen Namen stellte, steht das Landrecht noch theilweise unter dem Einflusse der römischen actio institoria, nach welcher der Vollmachtgeber nur neben dem Bevollmächtigten verpflichtet wurde; so namentlich, falls Jemand, der zur Besorgung gewisser Angelegenheiten öffentlich bestellt ist, in solcher Weise kontrahirt hat.[10] Insoweit indessen nicht positive Bestimmungen im Einzelnen entgegenstehen, ist es gleichgültig, ob der Vertrag ausdrücklich auf den Namen des Principals gestellt ist, oder ob es aus der Bezugnahme auf die Vollmacht beim Abschlusse des Geschäfts mit Sicherheit erhellt, daß dasselbe dem Willen der Kontrahenten nach unmittelbar für den Principal geschlossen werden sollte.[11] Ausdrücklich hat dies für Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte das Handelsgesetzbuch anerkannt.[12]

Person des Prokurators, dessen Bestimmungen beizupflichten sich der Mandant verbindlich machte." Vergl. auch l. 12. l. 13. D. de contr. emt. 18, 1. l. 51. D. de aed. ed. 21, 1. Mit den von uns entwickelten Grundsätzen stimmt überein das königlich sächsische Gesetzbuch §§. 788. 846. Aber auch L. R. I, 7. §§. 21 u. 22 dürfte denselben Grundgedanken entsprechen. Gegen dieselben haben sich unter Anderm erklärt Thöl Handelsrecht Bd. I, §. 70 unter 6, Bangerow III. §. 608, Windscheid I. §. 73. n. 17 bis 19. Auch Laband l. c. S. 225 ff. polemisirt gegen unsere Ansicht, scheint dieselbe jedoch nur aus Referaten gekannt zu haben.

9) Ueber den Fall, in welchem Machtgeber und Bevollmächtigter über denselben Gegenstand Geschäfte geschlossen haben, die nicht mit einander bestehen können, vergl. L. R. I, 13. §. 86. Ein Beispiel ist, daß der Geschäftsherr sein Haus dem A., der Bevollmächtigte dasselbe Haus dem B. verkaufte. Natürlich sind beide Kontrakte verbindlich, es frägt sich aber, wer von beiden die Auflassung des Hauses verlangen und wer sich mit dem Schadensersatze begnügen muß. In der Regel hat derjenige den Vorzug, welcher früher abschloß; vergl. aber I. 13. §. 88.

10) L. R. I, 13. §. 156, vergl. auch L. R. II, 8. §§. 541—544, dagegen L. R. I, 14. §. 130.

11) Vergl. Striethorst Archiv Bd. 24. S. 81 n. 20. Sollte der Bevollmächtigte aus einem solchen Kontrakte persönlich in Anspruch genommen werden, so hat er natürlich zur Abwendung der Klage zu beweisen, daß er nicht obligirt werden sollte. Das allgemeine Wissen des andern Theils, daß der Mitkontrahent für einen Dritten handle, genügt nicht. Die Frage ist eine faktische. Ein Handlungsreisender z. B., der auf Kosten seines Principals reist, obligirt den Gastwirthen, Fuhrleuten und dergleichen Personen gegenüber nur sich selbst, nicht seinen Principal, auch wenn er erklärt, daß er auf einer Geschäftsreise für seinen Principal sich befinde. Erk. des O. A. G. zu Lübeck in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 7. S. 597. Durch die übernommenen Aufträge und Bestellungen dagegen verpflichtet er nur seinen Principal, auch wenn er sagt: „ich werde die Waare liefern." So Laband l. c. S. 217. n. 53.

12) Handelsgesetzbuch Art. 52. Unrichtig ist es, wenn Laband l. c. S. 217 behauptet, bei anderen Vollmachten, insbesondere zu einzelnen Handelsgeschäften — deutsches H. G. B. Art. 298. Vgl. freilich 360 Abs. 3 — sei eine ausdrückliche Erklärung, daß das Geschäft für den Dritten geschlossen werde, nöthig.

Digitized by Google

Immerhin kann nach preußischem Rechte der Bevollmächtigte in Abwesenheit des Vollmachtgebers auf Erfüllung der Verpflichtungen des Letzteren dann verklagt werden, wenn sein Auftrag dahin geht, denselben zu entsprechen und er in die Lage gesetzt ist, demselben nachzukommen.[13] Außerdem aber haftet, wer sich fälschlich als Bevollmächtigter ausgab oder die Grenzen seiner Vollmacht überschritt, dem getäuschten Dritten persönlich für Schadloshaltung, ohne Rücksicht auf eigenen Irrthum, da man sich der Existenz seiner Vollmacht vergewissern muß.[14]

Die Stellvertretung ist vorzugsweise Bedürfniß für den Vermögensverkehr unter Lebenden.[15] Unzulässig daher ist die Errichtung von letztwilligen Verfügungen durch Bevollmächtigte. Desgleichen ist die Stellvertretung auf dem Gebiete des Familienrechts nur Ausnahme. Sie ist insbesondere bei der Eheschließung nicht zulässig,[16] es ist ferner nicht möglich der Abschluß eines Eheverlöbnisses durch einen mit der Wahl des Verlobten betrauten Agenten[17] oder die Bevollmächtigung für die Ertheilung des Konsenses zur Verheirathung eines Kindes.[18]

§. 114. Die Bevollmächtigung und deren Erlöschen.

Das Recht der Stellvertretung gründet sich normalerweise auf einen Willensakt des Geschäftsherrn, eine Vollmacht.[1] Der Umfang derselben ist nach der erkennbaren Absicht des Geschäftsherrn zu beurtheilen,[2] in einigen

---

13) L. R. I, 13 §. 157.

14) Vgl. unten Bd. 2 §. 16 unter 1.

15) Nur hiefür also gilt der Satz von L. R. I, 13 §§. 18. 85 und der Ausspruch von cap. 68 in 6to de R. J. 5, 13 potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum.

16) Ueber die Unzulässigkeit der Eheschließung durch Stellvertreter vgl. Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 §. 52. Bezüglich der nach dem Privatfürstenrecht möglichen Stellvertretung bei Schließung von Ehen der deutschen Landesherren, der Mitglieder ihrer Familien und des Hohenzollern'schen Fürstenhauses entscheidet die Observanz, Reichsgesetz §. 72 Abs. 2. Vgl. Heffter die Sonderrechte der souveränen Häuser Deutschlands S. 97.

17) Vgl. L. R. II, 1 §. 85 und die Ausnahme des §. 87.

18) Als unzulässig wird man hiernach auch ansehen müssen die vom Ehemann einem Dritten ertheilte Vollmacht in denjenigen Angelegenheiten, in welchen zu Erklärungen der Ehefrau der ehemännliche Konsens nöthig ist, diesen zu ertheilen. Das Recht zu solcher Konsensertheilung ist an die Person gebunden. Anders freilich Obertribunal Striethorst Bd. 19 S. 95.

1) Ist eine Vollmacht an Mehrere ertheilt, so nimmt das Landrecht im Zweifel an, daß sie sammt und sonders handeln müssen, um den Vollmachtgeber zu verpflichten, daß hingegen Einer genügt, um für ihn Rechte zu erwerben, L. R. I, 13. §§. 206—208. Nach der R. C. P. P. §. 80 dagegen sind mehrere Bevollmächtigte berechtigt, sowohl gemeinschaftlich als einzeln die Partei zu vertreten, eine abweichende Bestimmung ist dem Gegner gegenüber unwirksam.

2) Natürlich richtet sich hierbei Alles nach den individuellen und konkreten Umständen des Falles. Es leuchtet daher ein, daß es ein Mißgriff ist, einzelnen

Digitized by Google

Fällen hat sie einen unabänderlichen gesetzlichen Umfang. Für manche Geschäfte, welche über die laufende Verwaltung hinausgehen, soll nach positiver gesetzlicher Bestimmung nicht generelle, sondern stets nur eine specielle Vollmacht genügen.[3] Eine solche wird namentlich gefordert zu Schenkungen, zu Vergleichen, Verzichten, Kompromissen, zur Ableistung und Erlaß von Eiden, ferner zu Veräußerungen jeder Art, insbesondere zu Veräußerung und Erwerb von Grundeigenthum, zu Anträgen auf Eintragung und auf Löschung von Hypotheken, zur Empfangnahme von Sachen oder von Geldern.[4]

Es ist nicht hinreichend eine allgemeine Bestimmung, daß der Bevollmächtigte Alles zu thun befugt oder daß er über Gegenstände aller Art zu kontrahiren berechtigt sein soll, wozu das Gesetz Specialvollmacht fordert; vielmehr ist mindestens eine specielle Aufführung gerade der Kategorie von Befugnissen vonnöthen, die der Bevollmächtigte vollziehen soll.[5]

Die Vollmacht muß eine schriftliche sein.[6] Eine mündliche Vollmacht berechtigt zwar den Vollmachtgeber aus den in seinem Namen geschlossenen Geschäften direkt Ansprüche zu erheben. Hingegen verpflichtet wird der Vollmachtgeber gegenüber Dritten, welche mit dem Bevollmächtigten kontrahiren, nur auf Grund seiner schriftlichen Vollmacht. Dies auch bei Beträgen unter 150 Mark, obgleich hier der Mandatskontrakt zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten schon durch den mündlichen Vertrag perfekt wurde; wie auch umgekehrt die Ausstellung einer schriftlichen Vollmacht den Vollmachtgeber

---

bezüglichen Entscheidungen des Obertribunals hierüber die Bedeutung eines Präjudizes beizulegen. So meint ein Präjudiz 1450, die Vollmacht zum Abschluß von Kaufverträgen schließe die Ermächtigung zum Versprechen von Konventionalstrafen ohne Specialvollmacht nicht in sich. Dies wird meistens zutreffen, kann indessen der Sachlage nach ganz unrichtig sein. Vgl. noch unten Bd. 2 §. 181 Anm. 16.

3) L. R. I, 13. §§. 99—110. Die römischen Bestimmungen, an welche sich diese Vorschriften anlehnten, bildeten nur Auslegungen des vermuthlichen Willens der Parteien, die durchaus biegsam und durch die thatsächliche Lage der Dinge bedingt waren. Im Landrechte sind sie zu bindenden positiven Vorschriften geworden. Hinsichtlich der Vergleiche siehe oben §. 83 Anm. 1.

4) Auch die Bevollmächtigung zur Ernennung eines Substituten durch den Bevollmächtigten muß ausdrücklich geschehen. L. R. I, 13 §§. 39. 40. Vgl. unten Bd. 2 §. 181.

5) Nach der R. C. P. O. §. 77 ermächtigt die Prozeßvollmacht nicht bloß zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen im weitesten Sinne, zur Bestellung von Vertretern und Bevollmächtigten für die höheren Instanzen, sondern auch zur Beendigung des Streits durch Vergleich, Verzichtleistung oder Anerkennung; nur in der letzteren Hinsicht ist eine Beschränkung der Vollmacht nach Außen zulässig.

6) Gerichtlich oder notariell muß die Vollmacht ausgestellt oder doch beglaubigt sein, wenn auf Grund derselben gerichtliche Handlungen vorgenommen werden sollen. Vgl. L. R. I, 13 §. 115 ff., aber auch Anh. §. 45, wonach Kollegia und Institute, deren Beamte öffentlichen Glauben haben, Vollmachten mit gleicher Wirkung ausstellen können. Nach der R. C. P. O. §. 76 genügt für die Prozeßvollmacht Schriftlichkeit, auf Verlangen des Gegners muß sie aber notariell oder gerichtlich beglaubigt werden.

Digitized by Google

gegenüber dem Dritten in solchen Fällen verpflichtet, in denen der Bevollmächtigte auf Vollziehung des Auftrags um deswillen nicht hätte verklagt werden können, weil er die Vollmacht nur mündlich annahm, während zu seiner Verpflichtung, da es sich um einen Betrag über 150 Mark handelte, eine schriftliche Annahme des Mandats nothwendig gewesen wäre. Die schriftliche Vollmacht gilt dem Dritten gegenüber, welcher auf Grund derselben kontrahirte, schlechthin als Ausdruck des Willens des Vollmachtgebers.[7] Während sich nach römischem Rechte der Dritte, wenn die Vollmacht des Bevollmächtigten durch spätere Instruktionen Einschränkungen erlitten hatte, welche der Bevollmächtigte nicht berücksichtigte, der Regel nach nur an den Bevollmächtigten halten konnte,[8] erhält bei uns der Dritte Ansprüche gegen den Vollmachtgeber, wenn er im Vertrauen auf die ihm vorgelegte Vollmacht gehandelt hat, ohne Rücksicht darauf, ob dieselbe durch ihm nicht kundgethane Informationen eingeschränkt war.[9]

Unmittelbare schriftliche Mittheilung des Machtgebers an den Dritten, welche ihn zum Abschluß mit dem Bevollmächtigten ermächtigt, macht eine schriftliche Vollmacht überflüssig.[10] Auch bedarf es einer schriftlichen Bevollmächtigung nicht, wenn die Vollmacht aus Thatsachen hervorgeht, aus welchen gesetzlich die Existenz einer Vollmacht präsumirt wird.[11]

---

7) Will der Bevollmächtigte Erklärungen an Stelle des Vollmachtgebers abgeben, welche die Lage des andern Theils auch ohne dessen Zustimmung ändern, z. B. Kündigungen, Mahnungen, oder die Geltendmachung eines Wahlrechts, so kann der Gegentheil Vorzeigung der schriftlichen Vollmacht, ja wenn dies zu seiner späteren Legitimation dem Vollmachtgeber gegenüber nothwendig erscheint, Aushändigung des Originals oder einer beglaubigten Abschrift der Vollmacht fordern, widrigenfalls die Erklärungen des angeblich Bevollmächtigten dem Dritten unnachtheilig sind. L. R. I, 13 §§. 91. 140. 141. Das römische Recht, nach welchem solche Erklärungen gleichfalls durch Stellvertreter abgegeben werden konnten, l. 24. §. 2. D. de usuris 22, 1 bestimmt nichts über den Nachweis ihrer Legitimation.

8) Nur bei der Anstellung eines eigentlichen institor leidet dies im römischen Rechte eine Ausnahme l. 11. §. 2 D. de inst. act. 14, 3.

9) L. R. I, 13 §. 93. Dies geht so weit, daß der gutgläubige Dritte selbst dann berechtigt wird, wenn zwar an sich zur Verpflichtung des Geschäftsherrn eine Specialvollmacht erforderlich war, der Geschäftsherr aber seinem Vertrauensmanne ein Blanquet mit seiner Unterschrift zugestellt hatte und dieser Vertrauensmann das Blanquet durch eine Specialvollmacht nachher willkürlich ausfüllte, auf Grund deren er als Bevollmächtigter handelte, L. R. I, 13 §. 113.

10) L. R. I, 13 §. 147. Eine mündliche Erklärung gegen den Dritten ist zwar an sich für den Vollmachtgeber unverbindlich. Jedoch treten, falls auf Grund einer solchen Erklärung der Dritte dem Bevollmächtigten etwas geleistet hat, dieselben Grundsätze ein, wie wenn der Vollmachtgeber es selbst auf Grund eines bloß mündlichen Vertrages erhalten hätte, L. R. I, 13 §. 149.

11) Nach L. R. I. 13 §. 130 ist, wem eine Quittung anvertraut ist (soll wohl nichts Anderes heißen, als wer sie in Händen hat, deutsches H. G. B. Art. 296), zur Zahlungsannahme bevollmächtigt, vgl. unten §. 115 Anm. 6 und Bd. 2 §. 93 unter 1. Der zum Verkauf von Mobilien Bevollmächtigte ist zum Empfange des Kaufpreises legitimirt, wenn er zur Uebergabe derselben in den Stand gesetzt, L. R.

Digitized by Google

Die Vollmacht erlischt, da sie auf persönlichem Vertrauen beruht, durch den Tod des Vollmachtgebers und des Bevollmächtigten,[12] wenn sie nicht, was bei uns zulässig ist, nach römischem Rechte nicht möglich war, auf die Erben des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten gestellt ist,[13] oder was sich auch bereits im späteren römischen Rechte findet, einen nach dem Tode des Vollmachtgebers auszuführenden Auftrag enthält.[14] In gleicher Weise endigt die Vollmacht auch dadurch, daß einer von beiden Theilen völlig unfähig wird, selbst seinen Geschäften vorzustehen; sowie dann, wenn der Bevollmächtigte oder der Machtgeber in Konkurs geräth. Jedoch bestimmt das preußische Recht nach dem Vorbilde des römischen Rechts, daß ein Geschäft, welches der Bevollmächtigte mit einem Dritten schloß, ehe dieser die Endigung der Vollmacht wegen Tod oder Unfähigkeit des Mandanten erfahren hatte, den Vollmachtgeber oder dessen Erben noch binde.[15] Endlich ist die Bevollmächtigung jederzeit widerrufbar, und zwar so, daß sich der Vollmachtgeber des Widerrufsrechts auch nicht gültigerweise durch Vertrag begeben kann, da er durch einen solchen Verzicht an die Stelle eines ihm dienstbaren Gehülfen einen Herrn setzen würde, von dem er seinerseits abhängig wäre.[16] Umgekehrt steht dem Bevollmächtigten das Recht der Auf-

---

I, 13 §. 131. Der Grundsatz kann aber nur gelten, wenn Zug um Zug, nicht wenn auf Kredit gehandelt werden sollte; vgl. Präj. des Obertribunals Nr. 1699, Koch Kommentar ad h. t. Zum Kreditiren ist ein Bevollmächtigter nur berechtigt, wenn er hierzu bevollmächtigt ist, L. R. I, 13 §. 134, oder wenn das Kreditgeben bei den Geschäften, welche er auf Grund der Vollmacht schloß, gewöhnlich ist: L. R. I. 13 §. 139; vgl. H. G. B. Art. 50. unten §. 115 Anm. 6.

12) L. R. I. 13 §. 186 ff. Eine Vermuthung, daß die Vollmacht den Tod des Machtgebers überdaure, findet sich bei kaufmännischen Geschäften und in Proceßangelegenheiten L. R. I, 13 §§. 191. 192. R. C. P. O. §. 82. vgl. unten Bd. 2 §. 183.

13) Aehnliches gestattete man schon nach gem. Rechte, Glück Bd. 15 S. 336 ff.

14) l. 12. §. 17. l. 13 D. mandati 17, 1.

15) L. R. I, 13 §. 200 ff. Das römische Recht erkannte den Satz, daß der gutgläubige Dritte nicht durch den Tod des Geschäftsherrn oder den Widerruf der Vollmacht hinter seinem Rücken leiden könne, unbedingt nur bei Zahlungen an den Geschäftsführer an, l. 34. §. 3. l. 51. D. de solut. 46, 3. l. 41. D. de r. cred. 12. 1. neque enim sicut illud receptum est, ut debitores solventes ei liberentur, ita hoc quoque receptum, ut credendo nummos alienaret. Jedoch §. 10. J. mandati 3, 26. Unser Recht hat diese Beschränkungen überwunden.

16) Nach römischem Rechte gab es indessen Fälle, in denen ein solcher Widerruf unwirksam war, so wenn ein Prokurator eine Sache auf Grund der Vollmacht verkauft hatte und nun gehindert werden sollte, die Kaufsache zu tradiren, l. 14. D. de Publ. act. 6, 2. Dies deswegen, weil sonst der Prokurator dem Dritten persönlich verhaftet war. Bei der direkten Stellvertretung ist dies unanwendbar, weil der Bevollmächtigte hier nur Organ des Vollmachtgebers ist, nicht haftet und kein Interesse hat, dem Befehle des Vollmachtgebers, der allein haftbar bleibt, nicht zu gehorchen. Dagegen ist die Bestimmung auch bei uns anwendbar im Falle einer sogenannten indirekten Stellvertretung.

Digitized by Google

kündigung frei.[17] Auch mit dem Rechte des Widerrufs kommt in Konflikt die Rücksicht auf gutgläubige Dritte. Mit Recht bestimmte daher der Entwurf des Gesetzbuches von 1787 unbedingt, daß der Widerruf einem solchen Dritten nicht schaden könne, welcher noch nachher gutgläubig auf Grund der schriftlichen Vollmacht kontrahirte. Das Landrecht hingegen erklärt das nach dem Widerruf geschlossene Geschäft nur dann als für den Vollmachtgeber verbindlich, wenn dieser dem Bevollmächtigten die Unterhandlung mit dem dritten Kontrahenten besonders aufgetragen hatte oder davon wußte und es gleichwohl versäumte, solchen ihm bekannten Dritten den Widerruf der Vollmacht anzuzeigen.[18] [19]

§. 115. Bevollmächtigung nach Handelsrecht.

In wesentlichen Beziehungen weicht die Lehre von der Bevollmächtigung nach Handelsrecht von dem allgemeinen Rechte ab. Insbesondere genügt nach dem Handelsgesetzbuche eine bloß mündliche Vollmacht für die Geschäfte der Kaufleute und für die Handelsgeschäfte auch von Nichtkaufleuten.[1] Ferner ist der Umfang der Vollmacht der Vertreter von Kaufleuten vielfach besonders gesetzlich bestimmt und es gelten für das Erlöschen der Bevollmächtigung zum Theil eigenthümliche Grundsätze.

Der Bevollmächtigte eines Kaufmanns, welchem „Prokura" ertheilt ist,[2] der sogenannte Prokurist wird durch dieselbe ohne irgend welche sonst

17) L. R. I, 13 §. 159. Es genügt der mündliche Widerruf des Geschäftsherrn und mündliche Aufkündigung des Bevollmächtigten. Der Geschäftsherr hat die schriftliche Vollmacht nach dem Erlöschen des Auftrages zurückzuverlangen, L. R. I, 13 §. 161. Ist dies unterblieben, so wird der Vollmachtgeber, da ihm eine culpa zur Last liegt, dem durch den Mißbrauch der Vollmacht getäuschten Dritten haftbar. Noch weitere Folgen leitet freilich Bornemann Bd. 3 S. 249 aus dem Zurückbleiben der Vollmacht beim Bevollmächtigten her.

18) L. R. I, 13 §§. 167. 168. Entw. Th. II. Abth. II. Tit. 10. §. 126, Gesetzesrevision Pens. XIV. S. 241. Simon und Strampff Zeitschrift Bd. I. S. 55 ff. Wer sich also auf Grund einer Generalvollmacht in Unterhandlung einläßt, ist gegen die Gefahr, daß die Vollmacht, welche sich etwa noch in den Händen des Bevollmächtigten befindet, bereits widerrufen sei, nur gesichert, wenn er dem Machtgeber die Anknüpfung der Unterhandlung bekannt macht.

19) Für die Proceßvollmacht bestimmt R. C. P. O. §. 83, dem Gegner gegenüber erlangt die Kündigung der Vollmacht erst durch Anzeige, in Anwaltsprocessen durch Anzeige der Bestellung eines andern Anwalts Rechtswirksamkeit.

1) Da sich H. G. B. Art. 317 auch auf die ein Handelsgeschäft bloß vorbereitenden Rechtshandlungen bezieht, vgl. oben §. 96 Anm. 17, so genügt mündliche Vollmacht auch des Nichtkaufmanns, um ihn in die vom Bevollmächtigten geschloßnen Handelsgeschäfte eintreten zu lassen, vorausgesetzt, daß die Vollmacht zum Abschluß von Handelsgeschäften ausdrücklich oder implicite ermächtigte; das Letztere ist z. B. anzunehmen, wenn ein Gutsbesitzer seinem Verwalter mündliche Vollmacht zum Verkauf von Gutsprodukten an beliebige Käufer gegeben hat. So Striethorst Bd. 70 S. 64, R. O. H. G. Bd. 15 S. 258. 331.

2) H. G. B. Art. 41. Die Ertheilung der Prokura kann mündlich — R. O. H. G. Bd. 7 S. 59 — und auch stillschweigend, z. B. durch wissentliche

Digitized by Google

nach den Gesetzen erforderliche Specialbevollmächtigung zu bedürfen, zu allen durch den Betrieb eines Handelsgewerbes bedingten außergerichtlichen wie gerichtlichen Rechtshandlungen berechtigt, zu welchen jedoch Veräußerung und Belastung von Grundeigenthum wie auch Veräußerung des Geschäfts im Ganzen nicht gerechnet werden, und Schenkungen nur insoweit, als sie aus geschäftlichen Rücksichten hervorgehen, Wetten und reine Spielverträge aber niemals gehören.[3] Eine Beschränkung des Umfangs der Prokura ist Dritten gegenüber wirkungslos;[4] die Prokura kann aber mehreren Personen gemeinsam ertheilt sein — Kollektivprokura — so daß sie nur durch ihre übereinstimmende Erklärung den Principal verpflichten.[5] Handlungsbevollmächtigte, welche für das ganze Handelsgewerbe, zu einer bestimmten Art von Geschäften, wie für einzelne Geschäfte ernannt werden können, sind auch ohne Specialvollmacht zu allen beim Betriebe des aufgetragnen Geschäfts gewöhnlichen Handlungen bevollmächtigt.[6] [7] Nicht berechtigt sind Handlungsbevollmächtigte

---

Duldung der Prokurazeichnung eines Handlungsdieners geschehen. Die Ertheilung und das Erlöschen der Prokura soll in das Handelsregister eingetragen werden, H. G. B. Art. 45. Nur Vollkaufleute sind zur Bestellung von Prokuristen fähig. Auch ein Vormund kann unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts Prokura ertheilen, Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 §. 42 Ziff. 11. Minderkaufleute sind zur Bestellung von Prokuristen nicht befugt, H. G. B. Art. 10. Es liegt aber in solcher Bestellung die Ertheilung einer Handelsvollmacht, deren Umfang Thatfrage ist. Keyßner zum H. G. B. Art. 10.

3) H. G. B. Art. 42. R. O. H. G. Bd. 23 S. 28. — Der Prokurist soll der Idee des Instituts nach wirklicher Bevollmächtigter sein. Dennoch findet sich im Leben eine Art von Prokuristen in rem suam, indem nämlich die Gläubiger eines zahlungsunfähigen Kaufmanns sich durch Ertheilenlassen der Prokura Seitens ihres Schuldners die Disposition über dessen Vermögen verschaffen, um die Befriedigung ihrer Ansprüche selbst herbeiführen zu können. Allein in der That ist die Vollziehung einer solchen Operation von dem fortwährenden guten Willen des Schuldners abhängig, da dieser jeder Zeit die Prokura widerrufen kann und da ihm wenigstens nach der Ansicht, die wir für die richtige halten, die Einmischung in seine Geschäfte nicht mit bindender Kraft entzogen werden kann.

4) H. G. B. Art. 43. Die Haftung des Principals tritt selbst dann ein, wenn derselbe dem Dritten die Beschränkung der Vollmacht des Prokuristen, z. B. auf Kredit zu verkaufen, speciell mitgetheilt hat und der Dritte dennoch solchergestalt verbotene Geschäfte mit dem Prokuristen geschlossen hat, es liege denn dem Mitkontrahenten betrügliches Handeln zum Nachtheil des Principals zur Last. R. O. H. G. Bd. 6 S. 135, vgl. Bd. 7 S. 403. Bd. 9 S. 431.

5) H. G. B. Art. 41 Abs. 3. Die Gemeinschaftlichkeit bedingt nicht Gleichzeitigkeit der Erklärung. Reinen Erwerb kann auch der Einzelne der Prokuristen für den Geschäftsherrn gewinnen; vgl. oben §. 114 Anm. 1.

6) H. G. B. Art. 47. Der Umfang der Vollmacht richtet sich nach dem Verhältniß, wie es sich nach Außen in Folge des Thuns und Unterlassens des Principals darstellt, nicht nach den vom Principal dem Bevollmächtigten ertheilten Anweisungen, wenn diese der Mitkontrahent nicht kannte und der Sachlage nach nicht kennen mußte; vgl. l. 11. §. 2 ff. D. de inst. a. 14, 3. Wie weit dem Mitkontrahenten eine Pflicht der Erkundigung beim Principal oblag, richtet sich danach, wie sich ein gewiegter Geschäftsmann im Fall benommen hätte. Besonders bestimmt Art. 50, wer in einem Laden oder offnen Magazin oder Waarenlager angestellt ist,

Digitized by Google

zum Eingehen von Wechselverbindlichkeiten, zur Aufnahme von Darlehen und zur Proceßführung ohne besondere, den gewöhnlichen Grundsätzen des Civilrechts entsprechende Vollmacht.[8]

Was die Endigung der Prokura und der Handlungsbevollmächtigung betrifft, so liegt darin eine Besonderheit, daß sie mit dem Tode des Geschäftsherrn nicht endet, da sie dem Geschäfte dient, welches fortbesteht.[9] Das Erlöschen der Prokura oder der Handelsbevollmächtigung schadet aber dritten Kontrahenten im Falle entschuldbarer Unkenntniß nicht. Insbesondere hat der Geschäftsherr, so lange er das Erlöschen der Prokura noch nicht ins Handelsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht hat, die Kenntniß des Dritten zu beweisen; ist dies geschehen, so liegt diesem ob, das unverschuldete Nichtkennen des Erlöschens der Prokura darzuthun.[10]

§. 116. Surrogate der Vollmacht.

Die Vollmacht wird ersetzt durch spätere Genehmigung Seitens des Vertretenen,[1] sei es, daß überhaupt keine Vollmacht existirte, oder daß sie

---

gilt für ermächtigt, die in derartigen Geschäften gewöhnlichen Verkäufe und Empfangnahmen vorzunehmen. Wer besondere Beschränkungen kannte oder kennen mußte, kann sich hierauf nicht berufen. Ueber das Recht zur Empfangnahme von Zahlungen — Art. 49 — vgl. unten Bd. 2 §. 93 unter 2. Handlungsreisende werden wie zu Zahlungen, so auch zur Bewilligung von geschäftsüblichen Zahlungsfristen und auch zu kleineren Erlassen regelmäßig legitimirt sein.

7) Ueber Korrespondentreder vgl. H. G. B. Art. 460 ff. unten Bd. 2 §. 215 sub 7; über die Vollmacht des Schiffers H. G. B. Art. 495 ff. unten Bd. 2 §. 193 unter 2. Ueber die „Agenten" vgl. Goldschmidt H. R. I. S. 634. Aus dem Namen läßt sich auf ihre Rechtsstellung nicht schließen, die nach den konkreten Verhältnissen verschieden ist.

8) H. G. B. Art. 47 Abs. 2.

9) H. G. B. Art. 54. Es kann auf das Recht des Widerrufs dem Prokuristen gegenüber nicht verzichtet werden. Der Widerruf kann auch stillschweigend, z. B. durch Aufhebung des Geschäfts geschehen. In solchen Fällen stillschweigenden Widerrufs wird jedoch die Kenntniß Dritter von dem Aufhören der Prokura meist besonders schwer zu erweisen sein.

10) H. G. B. Art. 46. In dieser besondern Vorschrift für den Prokuristen ist nur die Anwendung und specielle Modifikation des allgemeinen Princips zu sehen, daß das Erlöschen der Vollmacht nach Handelsrecht gutgläubigen Dritten nicht schadet, wenn ihnen, resp. dem Publikum überhaupt nur bereits vorher die Vollmacht durch den Vollmachtgeber oder auch durch den Bevollmächtigten kundgethan war. Wer vertragsmäßig ein Recht auf specielle Anzeige des Widerrufs der Prokura hat, dem schadet die Eintragung des Widerrufs nichts, wenn ihm nicht nachgewiesen werden kann, daß er denselben kannte. Keyßner zum Art.

1) Der Dritte, welchem der Stellvertreter erklärt hat, für einen Andern ohne dessen Vollmacht zu handeln, oder der wußte, daß die Vollmacht nur mündlich, also unzureichend war, ist dem Vertretenen gegenüber so lange gebunden, bis dessen Erklärung einlaufen kann, nicht anders, wie wenn er dem Vertretenen eine Offerte gemacht hätte, vgl. Präj. des Obertribunals 1240. Aehnliches hat schon das römische Recht anerkannt, l. 24. D. de neg. gest. 3, 5. Erfolgt die Genehmigung nicht, so hat der Dritte, abgesehen natürlich von Betrug, sowie bezüglich der Rückforderung

Digitized by Google

zurückgenommen war, oder daß sie überschritten ist. Die Genehmigung kann nicht nur schriftlich, sondern auch mündlich dem Bevollmächtigten oder dem Dritten gegenüber, wie auch durch schlüssige Handlungen erfolgen; insbesondere geschieht dies durch die Aneignung der Vortheile des Geschäfts.[2] War Vollmacht ertheilt, aber überschritten, so muß der Geschäftsherr die Mißbilligung der Ueberschreitung seines Auftrages innerhalb der gesetzlichen Erklärungsfrist für die Acceptation von Offerten kund thun, widrigenfalls er für allen aus dieser Unterlassung entstandenen Schaden verantwortlich wird.[3]

Aehnliches ist bestimmt für die Erklärung des Geschäftsherrn bei Handlungen auf Grund vermutheter Vollmachten. Solche besitzen gewisse dem Geschäftsherrn nahe verbundene Personen nach römischem Rechte behufs der Klageanstellung,[4] nach preußischem Rechte aber behufs dringlicher Geschäfte jeder Art.[5] Insbesondere haben bei uns solche vermuthete Vollmacht Ehegatten, Ascendenten und Descendenten, Geschwister und Geschwisterkinder,[6] Schwiegereltern und Schwiegerkinder, Schwäger, ferner Miteigenthümer und Streitgenossen in Bezug auf die gemeinschaftlichen, Verwalter, Buchhalter, Hausofficianten in Bezug auf die anvertrauten Geschäfte. Wo das Gesetz eine Specialvollmacht fordert, tritt indessen die vermuthete Vollmacht nicht ein. Die vermuthete Vollmacht gilt als anerkannt, wenn der Vertretene die Handlung nicht innerhalb der für Vertragsofferten bestimmten Frist nach der Kenntnißnahme mißbilligt.[7]

Die Genehmigung hat rückwirkende Kraft,[8] das Geschäft wird demnach so gültig, wie wenn es von Anfang an auf Grund einer Vollmacht errichtet

---

des im voraus Geleisteten, Ansprüche gegen den Geschäftsführer nur, wenn dieser ausdrücklich und schriftlich die Garantie für Genehmigung des Geschäfts übernahm. L. R. I, 13 §. 150 ff. Vgl. übrigens Zimmermann stellvertretende neg. gestio, insbesondere S. 286 ff. für gemeines Recht.

2) L. R. I, 13 §. 142 ff., cfr. L. R. I, 5 §. 189. Die angezogenen Paragraphen sprechen dies ausdrücklich nur für den Fall einer Ueberschreitung der Vollmacht aus. Die Praxis des Obertribunals giebt ihnen aber eine größere Tragweite. Plenarbeschluß vom 22. April 1850, Präj. n. 2196. Entsch. Bd. 19 S. 29 ff.

3) L. R. I, 13 §§. 145. 146.

4) l. 35 pr. D. de proc. 3, 3. l. 3 §. 3. D. judicatum solvi 46, 7. l. 12. C. de procur. 2, 13.

5) L. R. I, 13 §. 119 ff.

6) Das römische Recht erwähnt von Seitenverwandten nur die fratres. Manche ältere Praktiker, z. B. Carpzov jur. for. p. I. const. 2. def. 29 ließen auch Verwandte dritten Grades, Andre auch Geschwisterkinder zu, was das Landrecht adoptirt, womit implicite natürlich auch die Zulassung noch näherer Verwandten, also der des dritten Grades, ausgesprochen ist. Dagegen freilich Koch zu §. 119 d. T.

7) Dies soll freilich nach einer Entscheidung des Obertribunals, Entsch. Bd. 18 S. 207, nur dann gelten, wenn das Geschäft nicht aufschiebbar war, weil das Gesetz das präsumtive Mandat auf die Unaufschiebbarkeit des Falles beschränke.

8) Sie ist eine Art von Anerkenntniß, siehe oben §. 81 Anm. 7. Cfr. l. 25 in f. C. de don. i. v. et u. 5, 16. l. 12 §. 4. D. de solut. 46, 3.

Digitized by Google

worden wäre. Natürlich ist aber gleichwohl, wenn die Vornahme eines Rechtsgeschäfts an eine gewisse Frist gebunden war, die Genehmigung vor Ablauf der Frist abzugeben, um gültig zu sein.[9]

Ein Recht zur Vertretung auch ohne Vollmacht haben in Folge des Familienrechts Ehefrauen für ihre Ehemänner hinsichtlich der Ausgaben der Haushaltung, sowie sonst in Nothfällen.[10] Ferner werden in Folge ihrer Verfassung die juristischen Personen durch ihre Vorsteher und Beamten,[11] es werden endlich Bevormundete auf Grund des Gesetzes durch ihre Vormünder vertreten.[12]

F. Auslegung der Rechtsgeschäfte.[1]

§. 117. Grundsätze.

Aufgabe der Auslegung ist es, den Willen der Parteien,[2] wie er sich in ihren Erklärungen verkörperte, aufzufinden und hiernach den Sinn ihrer Worte zu deuten, Lücken und Unvollständigkeiten zu ergänzen.[3]

Hierbei hat sich der Interpret in die Zeit des Abschlusses des Geschäfts zu versetzen und sich die damalige Sinnesrichtung der Parteien zu vergegenwärtigen.[4] Dem Abschlusse vorgehende Erklärungen — Traktate wie

---

9) Dies entscheidet l. 24 pr. D. ratam rem 46, 8. Das Princip der Rückziehung kann hier nicht durchgreifen; denn es ist eine Anforderung bei jeder Frist, daß innerhalb derselben eine definitive Erklärung erfolge. So wenig also eine bedingte Erklärung genügt (oben §. 86 Anm. 9—12), ebensowenig kann eine von der Genehmigung des Geschäftsherrn ihrer Wirksamkeit nach noch abhängige hinreichen.

10) L. R. II, 1 §§. 202. 321.

11) Der Vorstand einer Aktiengesellschaft hat eine Vollmacht zu ihrer Vertretung, deren gesetzlicher Umfang nicht beschränkt werden kann, H. G. B. Art. 227. 231. Den Umfang der Vollmacht ihrer Beamten bestimmt präsumtiv H. G. B. Art. 234. — Die offene Handelsgesellschaft wird durch die Handelsgesellschafter vertreten, deren gesetzlich festgestellte Vollmacht Dritten gegenüber nicht beschränkt werden kann, H. G. B. Art. 114. 116, die jedoch ganz von der Vertretung ausgeschlossen sein können, H. G. B. Art. 86 sub 4, Art. 87; desgleichen haben eine gesetzlich normirte Vollmacht, die nicht beschränkbar ist, die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft, H. G. B. Art. 137, 138. Ueber Aktien-Kommanditgesellschaften siehe Art. 167. 196.

12) Der Sequester eines Gutes hingegen ist nicht Bevollmächtigter des Schuldners. Daher der Schuldner aus den vom Sequester abgeschlossenen Dienstverträgen nach Aufhebung der Sequestration nicht verhaftet ist.

1) L. R. I, 4 §. 65 ff. I, 5 §. 252 ff.

2) Cfr. Art. 278 des H. G. B. Goldschmidt Handelsrecht I, S. 309.

3) Solcher Ergänzung steht L. R. I, 5 §. 71 nicht im Wege, da es sich hier um Fälle handelt, in welchen der Wille vorhanden und nur die Erklärung unzureichend war.

4) L. R. I, 4 §. 66. Cfr. l. 77. D. de c. e. 18, 1.

Digitized by Google

Punktationen — können zur Auslegung dienen, insofern sie ein Licht auf die Intentionen der Parteien beim Abschlusse des Geschäfts werfen, so daß jedoch die Möglichkeit einer Aenderung der ursprünglichen Ziele nicht außer Acht zu lassen ist. Spätere Erläuterungen des Handelnden sind von Gewicht bei willkürlich widerruflichen Geschäften; bei nichtwiderruflichen Geschäften sind nur solche spätere Erläuterungen zu beachten, welche dem Erklärenden selbst nachtheilig waren oder die von beiden Theilen ausgingen.[5] Häufig wird auch das lange Zeit Geübte als eine authentische Willenserklärung beider Theile zu berücksichtigen sein, vorausgesetzt, daß nicht bloß geschäftliche Koulanz oder Nachsicht, sondern der Wille, ihren Verpflichtungen nachzukommen, ersichtlich die Parteien bestimmte.

Wie die Zeit der Errichtung, so muß sich der Interpret die lokale Umgebung, die Standes- und die gewerbliche Atmosphäre, in welcher die Geschäftschließenden lebten, vor Augen halten, um deren Erklärungen zu würdigen.[6] Sind diese Umstände für die Kontrahenten verschiedene, so wird der Regel nach der Sprachgebrauch entscheiden, welcher im Kreise dessen herrschte, von welchem die Erklärung herrührte, da es die Sache des andern Theils war, sich nach ihm zu erkundigen.[7] Hat Jemand seinen Willen durch einen Bevollmächtigten erklärt, so ist — wie das Landrecht richtig bestimmt — der Sprachgebrauch des Bevollmächtigten entscheidend, insofern derselbe sich nicht bloß solcher Ausdrücke bedient hat, die vom Machtgeber bestimmt vorgeschrieben wurden. Im Falle einer notariellen oder gerichtlichen Abfassung wird also der Regel nach der Sprachgebrauch des instrumentirenden Richters oder Notars bestimmend sein.[8]

---

5) L. R. I, 4 §. 71 spricht sich viel zu allgemein aus.

6) Cfr. l. 34. D. de R. J. 50, 17. Also nicht auf den Ort, an dem zufällig der Kontrakt geschlossen wird, sondern auf den, an welchem sie regelmäßig ihre Geschäfte treiben, wird es ankommen. Erforderlich ist in der Regel Wissenschaft der beiden Kontrahenten vom Geschäftsgebrauch, doch können sie sich auch durch besondre Vereinbarung ihnen unbekannten Geschäftsgebräuchen, z. B. eines fremden Börsenplatzes unterwerfen. — Da die Interpretation der Geschäfte Sache des Richters ist, und er hierzu alle ihm zugänglichen Hilfsmittel verwerthen kann, so ist er befugt besonders auf ihm bekannte Geschäftsgebräuche Rücksicht zu nehmen ohne Beweis zu erheben, wenn nur feststeht, daß die Parteien mit Beziehung auf den Geschäftsgebrauch handelten. Vgl. deutsches Gerichtsverfassungsgesetz §. 118 bezüglich der Handelskammern.

7) L. R. I, 4 §§. 67. 68. Vgl. auch Wächter Archiv für civilistische Praxis Bd. 19 S. 114 ff. Hat der Mitkontrahent den Sprachgebrauch seiner Umgebung für den bestimmenden gehalten, und entstand in Folge dessen ein wesentlicher Irrthum, so ist nach preußischem Rechte das Geschäft nichtig. — Dennoch kann Haftbarkeit wegen culpa in contrahendo eintreten. Vgl. jedoch Ihering Jahrb. Bd. 4 S. 72.

8) So auch Koch Kommentar zu L. R. I, 4 §. 68.

Digitized by Google

Ist ein bestimmter Erfüllungsort festgestellt, so gelten hinsichtlich der Maß-, Gewichts- und Zahlenverhältnisse in der Regel diejenigen Normen als in Bezug genommen, die am Erfüllungsorte bestehen.[9] [10]

§. 118. Besondere Regeln.

Einzelne aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitete Regeln, die das Landrecht nach dem Vorbilde des gemeinen Rechts aufstellt, sind folgende. Von mehreren an sich zulässigen Auslegungen einer Bestimmung erhält die, welche ein Resultat giebt, vor derjenigen den Vorzug, nach welcher sie bedeutungslos und in sich widersprechend wäre.[1] Es beruht dies auf der Unterstellung überlegten Wollens der Parteien beim Kontraktsschluß. Die Annahme sorgfältiger Fassung führte ferner zu dem Satze, daß eine in der Punktation des Geschäfts enthaltene, in der Kontraktsurkunde übergangene Bestimmung als absichtlich ausgemerzt, nicht bloß als übersehen gilt, da die Kontraktsurkunde den Zweck hat, die Punktation zu ersetzen.[2] Ebenso rechtfertigt die Unterstellung ernsten Vorbedachts die gesetzliche Regel, daß, wer alle Gefahr übernimmt, selbst für ganz ungewöhnliche Zufälle zu haften hat.[3] Daß bei

---

9) L. R. I, 5 §. 256 ff. I, 11 §. 32. I, 11 §. 779. I, 16 §. 76. Handelsgesetzbuch Art. 336. Unter Groschen sind im Zweifel Silbergroschen, nicht sogenannte gute zu verstehen. K. O. vom 25. Oktober 1825.

10) Hinsichtlich der Auslegung gewisser zweifelhafter Ausdrücke, welche die Erfüllungszeit von Handelsgeschäften betreffen, giebt das Handelsgesetzbuch besondere Vorschriften in den Art. 327 ff. Diese Vorschriften sind zwar der Regel nach nur präsumtiv, doch sollen abändernde Auslegungen dieser Zeitbestimmungen, insoweit sie die Liquidationstermine der Börsengeschäfte betreffen, den Börsenordnungen ausschließlich vorbehalten bleiben, Art. 331. Damit ist gesagt, daß in diesem besondern Falle im Interesse der Gleichförmigkeit und Sicherheit des Verkehrs auf abweichende Gebräuche und angebliche abweichende Parteiabsichten keine Rücksicht genommen wird. In analoger Weise nimmt man an, daß auch vom Gesetze nicht erwähnte Ausdrücke, z. B. ultimo, welche sich auf die Liquidationstermine der Börsengeschäfte beziehen, wörtlich auszulegen seien, so daß z. B. der Beweis nicht zulässig ist, daß unter ultimo der vorletzte Tag des Monats dem Gebrauche nach von den Parteien verstanden worden sei, falls dies die Börsenordnung eben nicht bestimmt hat. Entsch. des Obertribunals Bd. 61 S. 189. Dagegen R. O. H. G. Bd. 4 S. 356. Vgl. unten Bd. 2 §. 59.

1) L. R. I, 4 §. 74. Cfr. l. 89. D. de V. O. 45, 1.

2) L. R. I, 5 §. 265. Grundlos aber ist es, wenn Koch Kommentar aus dem Ausdrucke „für aufgehoben geachtet" eine praesumtio juris et de jure herleiten will.

3) Die ältere gemeinrechtliche Theorie unterschied casus soliti, z. B. Mißwachs, insoliti, z. B. Feuerbrand, insolitissimi, d. h. solche, die man beim Kontraktsschluß schlechthin nicht voraussehen konnte, z. B. Erdbeben (Glück Bd. 4 S. 366). Die Mehrzahl der Schriftsteller (Glück Bd. 4 S. 392 n. 78, dagegen n. 79) nahm an, wer solche Gefahr übernahm, hafte nicht für die casus insolitissimi. Mit Recht verwirft dies das Landrecht I, 5 §. 261 durch die Bestimmung: „wenn ein Kontrahent alle Gefahr übernommen hat, so sind auch die ungewöhnlichsten Zufälle darunter zu verstehen." Die Ausgaben des Landrechts seit

Digitized by Google

zweifelhaften Ausdrücken gegen denjenigen auszulegen ist, der Ungewöhnliches begehrt,[4] daß die Verpflichtung im Zweifel als die geringere interpretirt wird und dies namentlich bei wohlthätigen Verträgen,[5] ergiebt sich weiterhin daraus, daß der Nachweis des größeren Umfanges des Rechts, wie er dem Berechtigten obliegt, in solchen Fällen nicht zu führen ist. Auch soll, wer sich zweideutiger Ausdrücke bediente, die ungünstigere Auslegung erfahren müssen.[6 7]

Zweites Kapitel.

Die allgemeinen Grundsätze über Verschuldung.

§. 119. Unfälle. Die Verschuldung.[1]

Unfälle, welche unsere Person und unser Vermögen betreffen, sind unser Schade, es bestünden denn besondere Gründe, um Ersatz für dieselben von Dritten zu beanspruchen. Die Haftbarkeit des Dritten gründet sich, von vertragsmäßiger Uebernahme der Haftung abgesehen, hauptsächlich darauf, daß er an dem Unfalle schuld ist.

Das ältere Recht der Römer, wie das frühere deutsche Recht, an der bloßen Erscheinung haftend, machte den ohne Weiteres verantwortlich, welcher

---

1817 setzten jedoch die Worte „ungewöhnliche Zufälle" an die Stelle der „ungewöhnlichsten", so daß Koch mit Hülfe dieses Druckfehlers das Gegentheil aus diesem Paragraphen herausliest.

4) Für die naturalia negotii cfr. l. 11 §. 1. D. de act. emti 19, 1.

5) L. R. I, 5 §§. 268. 269. l. 9. l. 34. D. de R. J. 50, 17. l. 47. D. de O. et A. 44, 7.

6) L. R. I, 5 §. 266. Leyser spec. 41, m. 4. Cfr. l. 38 §. 18. l. 99. pr. D. de V. O. 45, 1; ferner l. 39. D. de pactis 2, 14. l. 33. D. de c. e. 18, 1, wonach gegen den Verkäufer und Vermiether „quia clarius loqui debuit" zu sprechen war. Vgl. hierzu L. R. I, 21 §. 405. Verbreitete gemeinrechtliche Doktrin ist noch außerdem, daß in Zweifelfällen zu Gunsten der Freiheit, der dos, der Testamente zu interpretiren sei. — Für Manumissionen existirte wirklich ein solcher Grundsatz im römischen Rechte l. 179. D. de R. J. 50, 17, dies aber ist antiquirt. Dagegen die Bestimmung der l. 85. D. eod.: In ambiguis pro dotibus respondere gehört nicht hierher, sie enthält nur eine Richtschnur für die Interpretation und Fortbildung des objektiven Rechts durch die juris conditores. Für Testamente endlich finden wir im römischen Rechte einzig hervorgehoben l. 24. D. de R. D. 34, 5, daß sie wie nichtformelle Geschäfte dem Sinne, nicht dem Worte nach zu interpretiren seien. Schon gemeinrechtlich ist es daher nichts mit den causae favorabiles. Das Landrecht erwähnt sie mit Recht nicht.

7) Auch bei Handelssachen sind die gedachten Auslegungsregeln zu beachten. R. O. H. G. Bd. 14 S. 268.

1) L. R. I, Tit. 6. I, 5 §§. 277—291. Koch Recht der Forderungen Bd. 1 S. 238. Weiteres über Verschuldung siehe unten im Obligationenrecht Bd. 2 §. 67 ff., wegen außerkontraktlicher Verschuldung Bd. 2 S. 259 ff.

Digitized by Google

thatsächlich den Schaden eines Andern veranlaßt hatte, oder auch geradezu den, in dessen Gewahrsam die Sache von einem Schaden getroffen wurde.[2] Nach dem ausgebildeten römischen Rechte hingegen ist die Verpflichtung zum Ersatz für Beschädigungen der Regel nach abhängig von dem Vorhandensein eines rechtswidrigen Willens des Schädigers.[3] Damit ein Ersatzanspruch eintrete, ist also seitdem einmal erforderlich eine äußere Kausalität zwischen dem Unfall und der Handlung eines Dritten: außerdem muß aber ein Zusammenhang zwischen dieser Thathandlung und einem Willensfehler des Handelnden, mit anderen Worten eine Verschuldung des Letzteren, erkennbar sein. Dies ist auch die Regel des preußischen Rechts geworden.

Hiernach tritt bei uns Verantwortlichkeit für eine beschädigende That nur ein, wenn der Thäter mit Willensfreiheit handelte. Jedoch hat das Landrecht der älteren germanischen Auffassung ausnahmsweise eine Konzession dadurch gemacht, daß im Falle einer Beschädigung durch Geisteskranke und Kinder der Beschädigte, welchem keinerlei Versehen zur Last fällt, von diesen Personen Ersatz seines unmittelbaren Schadens verlangen kann, falls der Schaden anders nicht beitreibbar war, vorausgesetzt immerhin, daß dem Geisteskranken die Kosten seiner Erhaltung, dem Kinde auch die Mittel standesmäßiger Erziehung verbleiben.[4] Es ist dies analog auch auf Unmündige, ja selbst auf Minderjährige, die der Unmündigkeit nahe stehen, anzuwenden, falls denselben wegen mangelnder Einsicht die Zurechnungsfähigkeit fehlte.[5]

---

2) Vgl. Stobbe Beiträge zum Vertragsrecht Abh. 3. Jhering das Schuldmoment, Gießen 1867, S. 11 findet den Grund dieser äußerlichen Behandlung in der Heftigkeit der Leidenschaft des Naturmenschen, welche das Schuldmoment übersieht, es fehlt aber der ältesten Zeit die Fähigkeit zu so feinen psychologischen Untersuchungen, wie sie die Bestimmung der Zurechnungsfähigkeit verlangt.

3) Jhering das Schuldmoment S. 20 ff.

4) L. R. I, 6 §. 41 ff. Ueber römisches Recht l. 5 §. 2 D. ad legem Aquiliam 9, 2. l. 40 D. de R. J. 50, 17. Dagegen Sachsenspiegel II, Art. 65. Ueber das ältere gemeine Recht stehe Thibaut Beitr. Bd. 2 S. 210 ff. — Wie das Landrecht, so auch Oesterr. bürg. G. B. §§. 1306—1310.

5) Das Verhältniß ist bestritten. Viele behaupten, daß Unmündige über 7 Jahre schlechthin für das Vermögensrecht deliktsfähig seien. So u. A. Heydemann I, S. 302. Die Zurechnungsfähigkeit ist aber eine natürliche Thatsache, welche je nach der speciellen Lage der Verhältnisse und nach der Reife des entsprechenden Individuums bald anzunehmen, bald zu verneinen ist. So macht auch das römische Recht den Unmündigen, welcher sich der Mündigkeit nähert, nur verantwortlich „si admisit, quae non magnam machinationem exigunt" l. 14 D. de dolo 4, 3. Ist nun der Minderjährige in concreto noch nicht zurechnungsfähig, so wird er doch in der Art wie ein Kind verhaftet sein. — Nach dem deutschen Strafgesetzbuche ist analog von Verschuldung freizusprechen, wer das achtzehnte Jahr noch nicht vollendet hat, wenn er bei Begehung einer strafbaren Handlung die zur Erkenntniß ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besaß, §. 56; Personen, die das zwölfte Jahr noch nicht vollendet haben, können, in Folge von Zweckmäßigkeitsgründen, überhaupt nicht strafrechtlich

Digitized by Google

Wie die dauernde, so befreit auch augenblickliche Handlungsunfähigkeit von der Verantwortung, es sei denn, daß sich der Thäter freiwillig in den Zustand der Unfähigkeit versetzte, um die That zu begehen, in welchem Falle dessen Schuld hierin begründet ist. Desgleichen schließt überwältigender Zwang die Schuld beim Gezwungenen aus.[6]

Wer ferner den Befehlen eines Vorgesetzten gehorcht, handelt dann unfrei und ohne eigene Verantwortung, wenn er dem Befehle verfassungsmäßig zu unbedingtem Gehorsam verpflichtet war.[7] Doch kann, auch hiervon abgesehen, unter Umständen der Untergebene den Vorwurf eigenen Fehls dann ablehnen, wenn er höherer Sachkenntniß und Einsicht eines Vorgesetzten vertrauen durfte. In ähnlicher Weise kann nicht selten selbst bei reinprivatrechtlichen Auftragsverhältnissen der Beauftragte,[8] welcher an sich persönlich verantwortlich ist, dem Vorwurfe der Schuld durch die Anführung begegnen, daß er im Vertrauen auf die Gewissenhaftigkeit des Auftraggebers dessen Anweisungen in gutem Glauben folgte.[9]

Die Verschuldung ist bald primäre Ursache einer Verpflichtung, bald nur sekundäre. Primäre, wenn zwischen dem Verletzer und Verletzten kein besonderes Kontraktsverhältniß bestand, welches ein Benehmen anderer Art erfordert hätte, sekundäre, wenn eine solche specielle Verbindlichkeit bereits vorher existirte, so daß das schuldhafte Benehmen sich als Vertragsverletzung qualificirt.

§. 120. Grenze und Gründe der Verschuldung.

Jede Verschuldung beruht auf einem Fehler des Willens des Schuldigen. Derselbe setzt sich nämlich bald in einen absichtlichen Gegensatz zum

---

verfolgt werden, §. 55; sie können aber in Gemäßheit des Gesetzes vom 13. März 1878 über die Unterbringung verwahrloster Kinder auf Grund eines Beschlusses des Vormundschaftsgerichts zur Erziehung in Familien oder Anstalten untergebracht werden.

6) Wer in seinem Rechte war, ist nicht in Verschuldung, wenn er durch dessen Ausübung Anderen Nachtheil zufügt, oben §. 35 Anm. 1. Das gilt unter Anderm auch für Ausübung erlaubter Selbsthülfe, siehe unten §. 122. Dagegen ist Retorsion unter Ueberschreitung der Grenzen der Selbsthülfe nicht gestattet. L. R. I, 6 §. 22. Thieren freilich rechnen die Römer solche Ueberschreitungen nicht zur Schuld, sie handeln secundum naturam sui generis, wenn sie angegriffen, dem Gegner zu Leibe gehen, l. 1 §. 11 D. si quadrupes 9, 1. Fast unglaublich ist es, daß Viele, z. B. Koch zu L. R. I, 6 §. 22, hieraus eine Regel des gemeinen Rechts auch für das Benehmen der Menschen machten.

7) L. R. I, 6 §§. 45—49.

8) L. R. I, 6 §. 50 ff., l. 11 §. 4 D. de injuriis 47, 10. l. 1 §. 13 D. de vi 43, 16.

9) Z. B. ein Knecht holt im Auftrage seines Herrn Streu aus dem benachbarten fremden Forste, da sein Herr hierzu berechtigt zu sein behauptet. Inwieweit in solchen Fällen die Possessorienklage zulässig ist, ist später — §. 159 — zu erörtern.

Digitized by Google

Rechte (dolus, Vorsatz), bald versäumt er diejenige Anspannung geistiger Kräfte, welche man den Verhältnissen nach hätte aufwenden sollen (culpa, Versehen).

Ob und wann ein Versehen vorliegt, ist eine Frage, welche an sich nicht nach einer juristischen Formel, sondern nach der Erfahrung des Lebens zu entscheiden ist. Nur aus der Anschauung aller besonderen thatsächlichen Umstände und allseitiger Würdigung der einschlagenden rechtlichen Verhältnisse läßt sich erkennen, ob das Benehmen eines Subjekts ein entsprechendes oder ein schuldhaftes war. Ort, Zeit, Verkehrssitte wird das Urtheil bedingen und oft dem äußerlich ähnlichen Thatbestande einen verschiedenen Charakter verleihen. Insbesondere erfordert auch das eine Kontraktsverhältniß in höherem Maße Sorgfalt und Obhut (diligentia und custodia), als das andere. Im Einzelnen ist also die Grenze verschiedenartig zu ziehen; principiell existirt aber nur ein einziger Gegensatz: Verschuldung einerseits und Schuldlosigkeit andererseits. [1]

Wenn aber das Recht nur einen einzigen Gegensatz, nämlich zwischen Schuld und Nichtschuld, anerkennt, so kann es sich doch entschließen, gewisse Fehler unter gewissen Umständen nicht zu beachten. So berücksichtigte das römische Recht bei gewissen Geschäften diejenigen Fehler nicht, welche das betreffende Individuum auch in eigenen Angelegenheiten zu machen pflegte. Desgleichen machte es unter Umständen den Handelnden nur wegen grober Fehler verantwortlich und sah ihm leichtere Fehler nach. Culpa lata — grobe Schuld — ist die Verabsäumung dessen, was oben auf liegt, was in die Gewohnheiten der Menschen übergegangen ist und daher gleichsam instinktmäßig von ihnen befolgt zu werden pflegt. Den Gegensatz bildet culpa levis, d. h. Fehler, die keinen besonderen aggravirenden Charakter haben. Culpa lata wird geradezu dem dolus gleichgestellt, [2] mit Recht, da vielfach nicht auszumachen ist, ob ein solcher Fehler auf Vorsatz oder grober Nachlässigkeit beruht.

Die ältere gemeinrechtliche Theorie [3] verkannte die Wahrheit, daß die Frage der Verschuldung Sache der Lebenserfahrung ist und daß hiernach

---

1) Mit der heutzutage so beliebten Formel, daß man für die diligentia diligentis patris familias, l. 31 D. ad leg. Aquil. 9, 2. l. 11 D. de per. et com. 18, 6 oder für die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters oder Kaufmanns einzustehen habe, ist natürlich an sich nichts gewonnen. Es bleibt immer die Frage, ob ein Versehen vorliegt oder nicht, aus den konkreten Verhältnissen zu beantworten.

2) L. R. I, 3 §. 19, cfr. l. 29 pr. D. mandati 17, 1. l. 1 §. 1. D. si mensor falsum modum 11, 6.

3) Vgl. Glück Bd. 4 S. 346 ff. Neuerdings wieder Baron Archiv für civ. Praxis Bd. 52 S. 44 ff.

Digitized by Google

gleichsam jeder Fall verschieden zu beurtheilen ist, da er verschiedene Anspannung der Kraft fordert. Man suchte vielmehr nach Formeln, welche feste Maßstäbe abgäben, um den Grad der bei den einzelnen Rechtsverhältnissen nothwendigen Kraftanstrengung zu messen. Dieser Auffassung konnte die römische Unterscheidung der groben und leichten Schuld nicht genügen. Man unterschied vielmehr mindestens drei Grade der Schuld. Dieser scholastischen Theorie folgte auch das Landrecht. Grobes Versehen soll nach seiner Bestimmung das sein, was bei gewöhnlichen Fähigkeiten ohne Anstrengung der Aufmerksamkeit, mäßiges, das Versehen, welches bei einem gewöhnlichen Grade von Aufmerksamkeit zu vermeiden war; geringes Versehen endlich dasjenige, was nur bei vorzüglichen Fähigkeiten oder bei einer besonderen Kenntniß der Sache oder des Geschäfts oder durch eine ungewöhnliche Anstrengung der Aufmerksamkeit vermeidbar war.[4] Der Regel nach soll man nach dem Landrechte für mäßige Verschuldung haften. Geringes Versehen vertritt man nur dann, wenn man hierzu besonders durch die Gesetze verpflichtet wird; dies ist unter Anderm der Fall bei Sach- und Kunstverständigen, ferner bei demjenigen Kontrahenten, zu dessen alleinigem Vortheil der Kontrakt gereicht, und bei unredlichen Besitzern. Bei Verpflichtungen, die man ohne Entgelt übernahm, ist man nur für grobes Versehen verantwortlich.[5]

Zuweilen wird aber auch nach preußischem Rechte für die Frage der Verantwortlichkeit ein relativer Maßstab angelegt, indem man nicht ein objektiv korrektes Verfahren verlangt, sondern nur diejenige Sorgfalt, welche das Individuum, dessen Haftbarkeit in Anspruch genommen wird, in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegte.[6]

Neuere Gesetze haben das landrechtliche System der drei Grade der Verschuldung verlassen, indem sie außer der schweren Verschuldung nur leichte kennen, welche sie als Mangel der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters oder Kaufmanns bezeichnete. So das Handelsgesetzbuch, die Gesetze über Urheberrechte, die Vormundschaftsordnung.[7] Doch hat sich das Handelsrecht

---

4) L. R. I, 3 §. 18 ff., cfr. II, 18 §§. 275. 276.

5) L. R. I, 3 §. 23. I, 5 §§. 277—280.

6) Dieselbe kann die objektive Diligenz nie übersteigen. Vgl. übrigens L. R. I, 13 §§. 55 u. 56. I, 14 §§. 11. 12. I, 17 §. 211. II, 1 §§. 554. 555. l. 1 pr. D. tut. 27, 3. l. 72 D. pro socio 17, 2.

7) Nach H. G. B. Art. 282 haftet, wer aus einem Geschäft, welches auf seiner Seite ein Handelsgeschäft bildet, zur Sorgfalt verpflichtet ist, für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns. Dies nach Maßgabe des Geschäftes und Standes, welchem der Verpflichtete angehört. In entsprechender Weise wird die Verschuldung des Kommissionärs Art. 361, Spediteurs Art. 380, Frachtführers Art. 397. 399, Korrespondentrheders Art. 464, Schiffers Art. 478 normirt, vgl. noch weiter Art. 344. Das Gesetz über das litterarische Urheberrecht vom 11. Juni 1870 §. 18 und die nachge-

Digitized by Google

insofern nicht von den gangbaren Vorstellungen befreit, als es den Gesellschafter nur für den Fleiß und die Sorgfalt verbindet, welche er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.[8]

§. 121. Umfang der Haftbarkeit.

Wer für ein beschädigendes Ereigniß einsteht, haftet nach dem Principe des römischen Rechts, soweit der Schaden irgendwie nachweisbar ist; demnach nicht nur für dessen unmittelbare Wirkung, sondern sofern diese Wirkung wieder eingreift in die Reihe anderer Erscheinungen, auch für die so entstehenden mittelbaren[1] Folgen.[2] Der Schädiger steht ferner nach dem römischen Rechte nicht nur ein für Nachtheile, welche das bereits konsolidirte Vermögen des Beschädigten treffen, sogenannten wirklichen Schaden, sondern auch für die Verletzung von Faktoren, aus welchen ein Vermögenswerth dem gewöhnlichen Laufe der Dinge nach erst zu gewinnen war — entgangenen Gewinn.[3] Es wird hierbei im römischen Rechte nirgends ein Unterschied gemacht, je nachdem die Schadenszufügung auf leichteren oder gröberen Fehlern beruhte.[4]

Anders das Landrecht. Dasselbe zieht einmal für die Haftbarkeit an sich eine Grenze. Es bestimmt nämlich, daß man für Folgen, welche der Beschädiger schlechthin nicht voraussehen konnte, der Regel nach als zufällige nicht einstehe, weil in Bezug auf sie eine zurechenbare Schuld nicht existire.[5] Nur der Uebertreter von Verbotsgesetzen haftet auch für zufällige Folgen der

---

bildeten Gesetze kennen nur „Vorsatz und Fahrlässigkeit". Die Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 §. 32 läßt den Vormund haften „für die Sorgfalt, welche ein ordentlicher Hausvater in eignen Angelegenheiten anzuwenden pflegt".

8) H. G. B. Art. 94, vgl. Protokolle S. 180. So römisches Recht l. 72 D. pro socio 17, 2. L. R. I, 17 §. 211; dagegen Preuß. Entwurf des Handelsgesetzbuches Art 99.

1) Hierüber L. R. I, 3 §§. 4—6. I, 6 §. 2.

2) Es haftet also auch der Dieb für den Ersatz des auf seine Entdeckung gesetzten Preises, da in dieser Aufwendung ein mittelbarer Schaden des Bestohlenen liegt. Doch sind Viele in diesen und ähnlichen Fällen anderer Ansicht, weil die freie Handlung des Bestohlenen den Dieb nicht verpflichten könne.

3) Der Gewinn darf nicht ein bloß möglicher sein. L. R. I, 6 §. 6 bestimmt entsprechend, „es solle auf die Vortheile Rücksicht genommen werden, die entweder nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge und der Geschäfte des bürgerlichen Lebens oder vermöge gewisser schon getroffener Anstalten und Vorkehrungen erwartet werden konnten." Vgl. unten Bd. 2 §. 76.

4) Vgl. jedoch Ihering Schuldmoment S. 56.

5) Gemeinrechtlich bestritten: dagegen Mommsen Beiträge II, S. 165—171, dafür aber allerdings Ihering das Schuldmoment S. 55 ff., cfr. l. 43 D. de a. e. 19, 1.

Digitized by Google

Uebertretung.[6] [7] Wichtiger aber noch ist, daß das Landrecht, auch hierin sich älterer Theorie anschließend,[8] das Maß der Haftbarkeit nach dem Grade der Verschuldung abstuft. Wem dolus oder culpa lata zuzuschreiben ist, der allein soll schlechthin für den mittelbaren Schaden einstehen, insbesondere auch entgangenen Gewinn dem andern Theile ersetzen, er soll nach dem gesetzlichen Ausdrucke vollständige Genugthuung oder das Interesse leisten.[9] Wem aber mäßiges Versehen zur Last fällt, haftet nur für den wirklichen Schaden[10] und für den Gewinn, welchen der Beschädigte nach dem objektiven Laufe der Dinge gemacht hätte, nicht aber für den, welcher bloß nach dessen subjektiven Verhältnissen zu erwarten war.[11] Wem endlich nur geringes Versehen beizumessen ist, haftet der Regel nach nur für den unmittelbaren Schaden.[12]

Dieser Theorie liegt ein richtiger Gedanke zu Grunde, der jedoch durch die scholastische und schematische Durchführung entstellt ist. Jede Schadensberechnung ist nämlich eine konjekturale. Es ist behufs derselben festzustellen, wie der Vermögensstand des Beschädigten gewesen wäre, wenn das schadenzufügende Ereigniß nicht eingetreten wäre, und hiermit der wirklich eingetretene Zustand zu vergleichen und die Differenz zu bemessen. Da also der zur Vergleichung nöthige Faktor ein bloß vorgestellter und hypothetischer ist, so ist eine absolut sichere Ermittelung der Schadensdifferenz unmöglich und stets nur eine höhere oder geringere Wahrscheinlichkeit erreichbar. Daß man sich nun im Falle des dolus oder der culpa lata des Schädigers mit entfernteren Wahrscheinlichkeiten begnügt, als wenn man es nur mit mäßiger und geringer Schuld zu thun hat, ist natürlich. Wie bedeutsam aber auch dieser Gesichtspunkt praktisch für die Bemessung des Schadensersatzes ist, so läßt es sich doch nicht ermöglichen, auf Grund desselben den Umfang der

---

6) L. R. I, 3 §§. 8. 11. 13. I, 6 §. 16. Z. B. feuerfangende Sachen werden in polizeilich verbotener Weise aufbewahrt.

7) Aber auch der malae fidei possessor L. R. I, 7 §§. 241. 242. Wer die geliehene Sache eigenmächtig zu anderm als dem bestimmten Zwecke gebraucht I, 21 §. 251, wer die Pfandsache eigenmächtig afterverpfändet I, 20 §. 131.

8) Glück Bd. 4 S. 446 ff.

9) L. R. I, 6 §§. 7. 10. I, 5 §§. 286. 287, vgl. österreich. Gesetzbuch §. 1324.

10) L. R. I, 6 §. 12. I, 5 §. 288. Sach- und Kunstverständige haben bei ihren kontraktlichen Verpflichtungen das ganze Interesse auch bei geringem Fehler zu ersetzen.

11) Diese Erweiterung der Haftpflicht findet sich jedoch nur L. R. I, 6 §. 13 erwähnt, keineswegs aber bei den Kontraktsverpflichtungen hervorgehoben I, 5 §. 288.

12) L. R. I, 6 §. 15.

Digitized by Google

Pflicht des Schadensersatzes je nach dem verschiedenen Grade der Verschuldung systematisch verschieden abzuzirkeln.

Das Handelsgesetzbuch bestimmt wiederum in Gemäßheit der römischen Theorie, daß, wer bei Handelsgeschäften Schadensersatz zu fordern hat, immer Erstattung des wirklichen Schadens und entgangenen Gewinnes verlangen könne. [13]

---

13) H. G. B. Art. 283. Die Vorschrift findet Anwendung bei der Ausmessung des Schadens auf Grund eines Handelsgeschäfts, gleichviel, ob die Ersatzpflicht auf einer speciellen handelsrechtlichen Norm oder auf einem Grundsatz des bürgerlichen Rechts beruht. So R. O. H. G. Bd. 14 S. 20.

Digitized by Google

Vierter Abschnitt.

Der Rechtsschutz.

I. Außergerichtliche Mittel.

§. 122. Selbsthülfe.[1] Polizeiliche Intervention.

Die naturwüchsige Weise der Verwirklichung unserer Rechte durch eigenmächtige Anwendung von Zwangsmitteln, Selbsthülfe, wird nie völlig entbehrlich und ganz durch die staatliche Dazwischenkunft ersetzbar sein; sie ist aber keinenfalls ausreichend, einen geordneten Rechtszustand aufrecht zu erhalten. Auch knüpfen sich an sie leicht Ausschreitungen, welche die Gesellschaft bedrohen, so daß ihnen der Staat begegnen muß. Wie weit die Staatsordnung hierbei zu gehen hat, ist eine Frage, welche nicht aprioristisch, sondern nach dem jeweiligen Stande der Gesittung verschieden zu beurtheilen ist. Denn Zeiten, in welchen der Rechtssinn erschlafft ist und die Neigung zu Gewaltthätigkeiten überhand nimmt, bedürfen engerer Eingrenzung der Eigenmacht, als solche Epochen, in welchen ein starkes Rechtsgefühl oder die Abneigung gegen Gewaltthat den Mißbrauch der Selbsthülfe seltener fürchten läßt.

Die römische Kaiserzeit verpönte nicht nur, wie bereits die ältere Zeit, eigentliche Gewalt an Personen als crimen vis mit öffentlicher Strafe, sie machte auch, im Gegensatze gegen früheres römisches Recht, gewisse Fälle nicht gewaltthätiger Selbsthülfe zum Privatdelikt, indem sie namentlich den eigenmächtigen Zwang des Gläubigers zur Schuldzahlung, sowie die eigenmächtige Wegnahme von Befriedigungsmitteln mit der Strafe des Verlustes der Forderung bedrohte.[2] Hierbei ließ es das gemeine Recht bewenden;[3] das Landrecht dagegen nahm die Privatstrafen des römischen Rechtes nicht auf, belegte aber Jeden, der mit Vorbeigehen der Obrigkeit, ohne besondere

---

1) Wächter II, S. 403. Unger II, S. 337.

2) l. 7 D. ad legem Juliam de vi privata 48, 7. l. 12 §. 2. l. 13 D. quod metus causa 4, 2.

3) Wächter Lehrbuch des Strafrechts II, 54 ff.

Digitized by Google

Zulassung der Gesetze, sich Recht zu verschaffen suchte, mit öffentlicher Strafe, da man in der Selbsthülfe ausgesprochenermaßen eine Beleidigung des Staates erblickte.[4] Erlaubt war indessen nach dem Landrechte die Selbsthülfe, wenn die Hülfe des Staates zur Abwendung eines unwiederbringlichen Schadens zu spät kommen würde.[5] Ferner wurde auch die eigenmächtige Entsetzung des Inhabers durch denjenigen gestattet, in dessen Namen er besitzt, insofern sie ohne Störung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit geschieht.[6]

In dem preußischen Strafgesetzbuche von 1851 und demgemäß auch im deutschen Strafgesetzbuche hat man nun die öffentlichen Strafen, welche auf die Selbsthülfe als solche gesetzt waren, fallen lassen. Wer Selbsthülfe anwendet, verfällt seitdem nur im Falle der Wahl strafbarer Mittel in Strafe. Dennoch hat die Unterscheidung der erlaubten und der unerlaubten Selbsthülfe nicht jede Bedeutung verloren. Erlaubte Selbsthülfe ist uns nämlich nicht als Schuld anzurechnen; dies aber kann sowohl in civil- als in kriminalrechtlicher Beziehung von Wichtigkeit werden. Denn es muß die erlaubte Selbsthülfe bei mehreren Verbrechen als Schuldausschließungsgrund angesehen werden, so namentlich bei den Verbrechen der Gewalt, des Hausfriedensbruches und der Sachbeschädigung.[7] Bei diesen Verbrechen nämlich ist ein wesentliches Moment des Thatbestandes die Widerrechtlichkeit der Handlung. Die Frage der Widerrechtlichkeit aber ist zu beurtheilen nach der Gesammtheit der Bestimmungen des öffentlichen und des Privatrechts des Landes, so daß sie im Falle erlaubter Selbsthülfe nicht angenommen werden kann.[8]

---

4) L. R. Einl. §. 77. II, 20 §. 157.

5) L. R. Einl. §. 78. cfr. l. 10 §. 16. D. quae in fraudem creditorum 42, 8. Ist der Schaden schon dann unwiederbringlich, wenn man sich ohne Selbsthülfe das bedrohte Objekt nicht in natura erhalten konnte, wenn aber die Beitreibung einer Entschädigung voraussichtlich möglich war? Die Unwiederbringlichkeit scheint uns auch hier vorzuliegen, da die Ersatzleistung doch nur Surrogat des unwiederbringlichen Schadens ist.

6) L. R. I, 7 §§. 144. 145. Diese Privatgewalt darf jedoch anderweite Gerechtsame des Inhabers, namentlich dessen Zurückhaltungsrecht, nicht stören. — Der Ehemann, dessen Ehefrau sich eigenmächtig von ihm entfernt und Wirthschaftssachen mitgenommen hat, ist nach diesen Bestimmungen berechtigt, derselben die Sachen wieder eigenmächtig abzunehmen.

7) Das Verbrechen der Gewalt hat das deutsche Strafgesetzbuch §. 240 neu formulirt; die Vebrechen des Hausfriedensbruchs §. 123 des deutschen Strafgesetzbuchs und der Sachbeschädigung §. 303 sind dem preußischen Strafgesetzbuche entnommen.

8) Allerdings wird das Erforderniß der Widerrechtlichkeit beim Hausfriedensbruche meistens dahin interpretirt, daß jedes Eindringen gegen den Willen des Inhabers der Wohnung als widerrechtlich anzusehen sei; vgl. Oppenhof zu dem preußischen Strafgesetzbuche §. 346 n. 3 und die dort angeführte Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Berlin vom 4. August 1868. Mit Recht aber werden von Anderen, insbesondere bei der Sachbeschädigung auch die Fälle erlaubter Selbsthülfe ausgenommen, vgl. Lueder Vermögensbeschädigung S. 131.

Digitized by Google

Einen Ersatz für die Selbsthülfe bietet bei uns unter Umständen das Einschreiten der Polizei. Insbesondere hat nach unserer Gesindeordnung die Polizei Gesinde, welches den Dienst vor Ablauf der Dienstzeit ohne gesetzliche Ursache verläßt, durch Zwangsmittel zur Fortsetzung des Dienstes anzuhalten. Umgekehrt soll auch dessen Herrschaft im Falle ungegründeter Entlassung des Gesindes zur Fortsetzung des Dienstvertrags polizeilich angehalten werden, so jedoch, daß im Falle beharrlicher Weigerung die Pflicht zur Entschädigung des Gesindes an die Stelle der Nothwendigkeit der Annahme desselben tritt.[9] Auch im Fall der Ausübung des Retentionsrechts des Vermiethers und Verpächters setzt die Polizei ein Interimistikum fest.

§. 123. Pfändungsrecht.[1]

Die Befugniß eigenmächtiger Pfändung von Mobilien des Frevlers, welcher unsern Besitzstand thatsächlich verletzt, ist dem preußischen Rechte vom ältesten germanischen Rechte her überkommen.[2] Die innere Berechtigung des Instituts liegt aber darin, daß der weitläufigere Geschäftsgang für die bei den ordentlichen Gerichten zu erhebenden Klagen, daß insbesondere die gewöhnlichen Regeln über Liquidirung des Schadens ungeeignet sind zur Verfolgung der im Einzelfalle unbedeutenden und kaum meßbaren, in Wiederholungsfällen gleichwohl nachtheiligen und empfindlichen Ueberschreitungen, um die es sich hier größtentheils handelt. Zudem enthält die Pfändung eine handgreifliche, um deswillen nicht leicht bestreitbare und schwer zu entbehrende Protestation gegen die Anmaßung von Rechten an Grund und Boden.

Das Landrecht gestattet die Pfändung gemäß seiner Theorie der Selbsthülfe nur in Nothständen, insbesondere falls die Person des Gepfändeten unbekannt, unsicher ist, oder der Beweis der Schadenszufügung nur durch die Pfändung ermöglicht wird.[3] Die neuere Feldpolizeiord-

---

9) Gesindeordnung vom 8. November 1810 §§. 160 ff. 167 ff.

1) L. R. I, 14 §. 413 ff. Wilda Zeitschrift für deutsches Recht I, S. 167 ff. Meibom das deutsche Pfandrecht 1867 S. 198. Nägeli das germanische Selbstpfändungsrecht, Zürich 1876.

2) Lex Lang. Rotharis c. 354, lex Wisigoth. VIII, 3. 13. Sachsenſp. II, 47 §§. 1—3.

3) Die Paragraphen des Landrechts §§. 414—419, wonach die Pfändung nur in Nothfällen zulässig sein soll, sind wörtlich dem Entwurfe des Gesetzbuches von 1787 Th. 2. XI, §§. 275—278 entnommen. Allerdings waren einige Monenten gegen den Entwurf der Meinung, daß die Pfändung „als Reliquie des Faustrechts" nur als ein Mittel, sich des Ersatzes eines zugefügten Schadens zu versichern, zuzulassen sei, und Suarez billigte dies, indem er in der revis. mon. äußerte: „Ich würde diesem monitum völlig beitreten, den einzigen Fall ausgenommen, wo die Pfändung ein Mittel sein kann, die Person des unbekannten Störers auszumitteln." Wie so oft, hat aber diese Bemerkung von Suarez gar keinen Einfluß auf die schließliche

Digitized by Google

nung,[4] welche die praktisch wichtigsten Fälle der Pfändung betrifft, nämlich Gehen, Fahren, Reiten, Viehtreiben über fremdes Geländ und Abweiden desselben durch Vieh,[5] beschränkt dagegen die Pfändung keineswegs auf Nothstände, und zwar mit Recht, da eine solche Voraussetzung für eine Handlung nicht paßt, welche Grundbesitzer und Bauern auf frischer That zu vollziehen haben.[6]

Berechtigt zur Pfändung ist der verletzte Besitzer[7] und Nutzungsberechtigte, sowie deren Familiengenossen und Bedienstete.[8] Die Pfändung muß auf frischer That, bei Verletzungen im Felde innerhalb der Feldflur geschehen.[9] [10]

Der Pfändende hat nach dem Landrechte das Recht, Schadensersatz und außerdem das Pfandgeld zu fordern, eine Privatstrafe, welche durch Lokalgewohnheit näher tarifirt ist; die Feldpolizeiordnung hingegen giebt in der Regel nur das Recht der Wahl zwischen Liquidirung des Schadens im gewöhnlichen

---

Redaktion des Landrechts gehabt, welches vielmehr, wie gesagt, unverändert den Entwurf wiedergiebt. Wenn man also öfter behauptet, es sei der Begriff der Pfändung auf Grund jenes Monitum nach Suarez' Vorschlag erst nachträglich im Landrechte beschränkt worden und es sei hierdurch eine große Dunkelheit hinsichtlich der §§. 451 bis 457 des Titels entstanden, Gesetzrevision Pens. XIV, Rönne Ergänzungen zu L. R. I, 14 vierter Abschnitt, so ist dies Alles unrichtig.

4) Feldpolizeiordnung vom 1. November 1847 §. 4 ff. mit Nachtrag durch Gesetz vom 13. April 1856, eine Ordnung, in welcher übrigens Privatrecht, Strafrecht und Proceßbestimmungen in wenig gelungener Weise sich verbunden finden. — Gegenstand der landrechtlichen Vorschriften sind z. B. noch Beeinträchtigungen des Fischereirechts in Flüssen oder auch Pfändungen in Forsten.

5) Ueber unbestellte Aecker und abgeerntete Wiesen — nicht Gärten oder Weinberge — ferner über Privatwege ist zu gehen gestattet, wenn sie nicht eingefriedigt oder mit Warnungszeichen versehen sind. Vgl. deutsch. Strafgesetzb. §. 368 sub 9 an Stelle des preußischen §. 347 n. 10, und dazu Feldpolizeiordnung §. 44 nach dem Gesetze vom 13. April 1856. Auch das Reiten, Fahren, Viehtreiben ist gestattet, wenn man hierzu durch die schlechte Beschaffenheit eines an dem Grundstücke vorüberführenden, zum gemeinen Gebrauch bestimmten Weges genöthigt wurde, §. 44 l. c.

6) Die Pfändung ist nicht zu verwechseln mit der Beschlagnahme, von welcher der Reichsstrafprozeß §. 94 ff. handelt und wird durch deren Regelung nicht betroffen.

7) Die Klage auf das Pfandgeld ist eine possessorische. Der Einwand, daß der Gepfändete selbst der Eigenthümer des Grundstücks sei, in dem er betreten wurde, kommt daher nicht in Betracht. Es ist ein praktisches Bedürfniß, nicht bloß den Eigenthümer, sondern ebenso den Besitzer auch auf diesem Wege gegen Beeinträchtigungen zu sichern. Auch gesteht die Feldpolizeiordnung das Pfändungsrecht geradezu dem „Besitzer" zu. Anders Obertrib. bei Striethorst Arch. Bd. 71 S. 49.

8) Nicht Dritte, als unberufene Geschäftsführer des Besitzers.

9) Von mehreren Viehstücken sind nur so viele zu pfänden, als erforderlich ist, den Schadensbetrag zu decken.

10) Nach anderen deutschen Rechten muß die Pfändung auf dem Grundstücke selbst erfolgen, auf welchem gefrevelt wurde. Sachsenlp. II, 47 §. 3. Leyser med. vol. IX, spec. 595 m. VIII.

Digitized by Google

Wege Rechtens und dem Anspruche auf Pfandgeld.[11] [12] Die gepfändeten Sachen haften für Entschädigungsansprüche oder Pfandgeld wie ein Faustpfand, sie werden eventuell[13] zur Befriedigung des Pfändenden von der Ortspolizeibehörde[14] versteigert. Der Pfändende ist binnen 24 Stunden nach der Pfändung zur Anzeige bei der Ortspolizeibehörde verpflichtet.[15] Die Behörde entscheidet dann über den weiteren Aufenthalt des gepfändeten Viehes. Der Nachtheil der Nichtanzeige ist Rückgabe der Pfandstücke und Verlust der Ansprüche für die Wartung derselben in der Zwischenzeit, nicht aber Verlust der sonstigen Rechte des Pfändenden.

Wer sich der Pfändung entzieht, hat das Doppelte, wer sich ihr mit Gewalt widersetzt, das Vierfache des regelmäßigen Pfandgeldes zu entrichten, so jedoch, daß der Zuschlag an die Ortskasse, nicht an den Pfändenden fällt. Unrechtmäßige Pfändung macht schadensersatzpflichtig, ein Anspruch, der vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen ist;[16] sie kann auch öffentliche Strafe nach sich ziehen.

II. Gerichtliche Verfolgung des Rechts.

§. 124. Die Klagrechte.[1]

Zu einer die Verhältnisse des Lebens beherrschenden Macht wird das Recht vorzugsweise durch die Möglichkeit seiner Verfolgung vor Gericht. Das Klagrecht ist daher die wesentlichste der Rechtsbefugnisse.

---

11) L. R. I, 14 §. 439. Feldpolizeiordnung von 1847 §. 11.

12) Verjährung des Anspruchs auf Pfandgeld in 3 Monaten tritt ein nach §. 46 der Feldpolizeiordnung.

13) Im Falle von Beschädigungen durch eine gemeinsame Heerde haften sämmtliche Hütungsgenossen solidarisch, vorbehaltlich des Regresses unter einander.

14) Auch die Entscheidung über das Pfandgeld und die Kostenansprüche gebührt der Ortspolizeibehörde, vorbehaltlich des Rekurses an die Regierung. Die ordentlichen Gerichte treten jedoch ein bei Streitigkeiten über die Rechtmäßigkeit der Pfändung, insbesondere wenn die Stellung des Pfändenden als Besitzers oder Nutzungsberechtigten in Frage steht oder der Gepfändete im Besitze eines Rechts zu sein behauptet, welches die Pfändung unzulässig macht. Feldpolizeiordnung §. 58, vgl. auch L. R. I, 14 §. 454 ff.

15) L. R. h. t. §. 431 ff. Feldpolizeiordnung §. 53 ff. Die Ablieferung an die Gerichte forderten die sächsischen Konstitutionen p. II, const. 7.

16) L. R. I, 14 §. 458 ff.

1) Von Schriftstellern des gemeinen Rechts vgl. Savigny V, §§. 204 — 224, Wächter II, S. 411 ff. und Erört. Heft 3. Keller der römische Civilproceß und die

Digitized by Google

In einer besonders scharfen, aber auch eigenthümlichen Weise tritt dies im römischen Rechte hervor. Die Interpretationen der zwölf Tafeln durch die alten römischen Juristen, wie die Edikte der rechtsprechenden Prätoren, mittels deren sich das Recht der Römer in den seine Entwicklung bestimmenden Zeiten hauptsächlich aufbaute, hatten nämlich nicht ein System von Rechtsregeln, sondern von Klagrechten aufgestellt.[2] Dies bewirkte, daß der römischen Anschauung die Klagberechtigung, die actio, eine besondere Befugniß wurde, hinter der zwar ein zu Grunde liegendes materielles Recht steht, welches aber nur durch jene eine selbständige juristische Existenz gewinnt. Demgemäß waren in Rom nur solche Berechtigungen gerichtlich erzwingbar, welchen eine der anerkannten actiones ihre Hülfe lieh. Und hiermit stand in Verbindung, daß der römische Kläger nur dann die Verwirklichung eines Rechtes erlangen konnte, wenn er die richtige und zutreffende Klage erwählt hatte, so daß in Rom die genaue, rechtliche Charakterisirung und Specialisirung seines Anspruchs dem Kläger bei eigner Gefahr anheimfiel.[3]

Dagegen im heutigen Rechte wohnt der Regel nach jeder vom Gesetze anerkannten Berechtigung die Klagbarkeit von selbst inne.[4] Das Klagrecht ist uns nicht etwas Selbständiges, welches dem verletzten materiellen Rechte seinen Schutz angedeihen läßt, vielmehr ist es eine dem Rechte innerlich zugehörende Befugniß.[5] Es hat der Kläger ferner im heutigen Processe das Recht, welches er in Anspruch nimmt, nicht seinerseits zu specialisiren, vielmehr genügt die Erzählung der Thatsachen, auf welche sich seine Rechte gründen.[6] Der Richter, welcher die Rechte kennen soll,[7] hat die Unterordnung der angeführten und bewiesenen Thatsachen unter die Rechtsregel vorzunehmen und das besondere Recht zu ermitteln, welches aus denselben für den Kläger folgt.

Aktionen 2. Ausg. 1855. Windscheid die actio des römischen Civilrechts 1856. Unger II, S. 349 ff. Bekker die Aktionen des römischen Privatrechts Bd. 1 und 2, 1871. Von preußischen Schriftstellern siehe etwa Förster Klage und Einrede 1857. Prinz das allgemeine Aktionenrecht 1870.

2) Windscheid die actio S. 3 ff. Abwehr S. 1 ff.; vgl. Ihering Geist des römischen Rechts II, 636 ff., aber auch l. 2 §§. 6. 7 D. de O. J. 1, 2.

3) Von dem justinianischen Rechte sehen wir hierbei billig ab; doch ist auch hier keineswegs an sich das alte Princip verlassen, wonach der Kläger die rechtliche Natur seines Anspruches in der Klage zu bezeichnen hat, l. 1 pr. D. de edendo 2, 13. l. 3 C. eod. 2, 1. Bethmann-Hollweg Civilproceß Bd. 3 S. 245 Anm. 13.

4) Einl. des L. R. §. 76.

5) Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts I, S. 156. 157.

6) A. G. O. I, 5 §. 20, cap. 6 X, de jud. 2, 1. Bartsch über die genera und formulae actionum in Schering's Arch I, S. 201 ff. Auch für die R. C. P. O. ist dies zweifellos.

7) Ausnahmen in A. G. O. I, 10 §§. 53—55 hinsichtlich fremder Rechte und des Gewohnheitsrechts. So auch R. C. P. O. §. 265. Vgl. oben S. 40 S. 48.

Digitized by Google

Die größere Flüssigkeit des modernen Klagerechts tritt in folgenden Erscheinungen hervor. Die actio des römischen Rechts hatte den Zweck der unmittelbaren Abwehr einer Unbill[8] und setzte daher regelmäßig die Fälligkeit der Ansprüche des Klägers voraus. Nach dem heutigen Rechte hingegen kann eine Klage jederzeit angestellt werden, wenn ein rechtliches Interesse des Klägers bei der richterlichen Anerkennung seines Rechtes vorhanden ist, daher auch dann, wenn unser Recht erst ein künftiges, noch nicht realisirbares ist, indessen bedroht erscheint.[9] Ferner aber steht der Rechtsweg nicht bloß zu dem Zwecke offen, um eine Verurtheilung des Verklagten zu einer Leistung herbeizuführen; es kann vielmehr auch richterliche Entscheidung über einzelne streitige und relevante Fragen begehrt werden, welche die Elemente eines Anspruchs bilden, z. B. ob bei einem gewissen Rechtsanspruche das eine oder das andere Landesrecht maßgebend sei, oder über die Frage der Fideikommißeigenschaft eines Gutes.[10]

§. 125. Eintheilungen der Klagrechte.

Die römischen Eintheilungen der Klagrechte beruhen zum großen Theile auf geschichtlichen Eigenthümlichkeiten, wie z. B. die Unterscheidung der actiones directae, Klagrechte des ursprünglichen und normalen Falles, und der actiones utiles, nach der Analogie jener gebildete Klagen. Diese Klassificationen haben für unser Recht keine unmittelbare Bedeutung mehr. Dagegen sind diejenigen Eintheilungen der Klagrechte, in welchen sich die verschiedene Natur der zu Grunde liegenden Rechte spiegelt, auch bei uns beachtenswerth. Hiernach unterscheiden auch wir persönliche Klagen, actiones in personam, welche aus Rechten entspringen, welche eine Verpflichtung des Verklagten zum nächsten Gegenstande haben, und dingliche, actiones in rem, welche Rechte zur Geltung bringen sollen, die nicht unmittelbar eine Leistungspflicht des

---

8) So mit Recht Savigny V. §§. 204. 205. Die Verletzung, gegen welche die actio gegeben wurde, lag aber darin, daß der Kläger in der Vorverhandlung vor dem Prätar, in jure, sich dem fälligen Anspruche des Klägers widersetzte und so die Ertheilung einer actio und Niedersetzung eines Gerichts nothwendig machte. Daß freilich auch schon der Vorverhandlung vor dem Prätor eine Verletzung des Rechts vorgehen mußte, ist nicht zu behaupten. Das justinianische Recht kann für die Würdigung der specifischen Eigenthümlichkeit der römischen Auffassung auch hier nicht entscheiden.

9) A. G. O. Einl. §. 1. Alle Streitigkeiten über Sachen und Rechte, welche einen Gegenstand des Privateigenthums ausmachen, müssen, wenn kein gütliches Uebereinkommen Statt findet, durch richterlichen Ausspruch entschieden werden.

10) Vergl. Entscheid. des Obertribunals Bd. 30 S. 145 ff. Bd. 34 S. 373. Auch das römische Recht kannte freilich praejudiciales formulae: qualis est, qua quaeritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit Gaj. Inst. IV. §. 44. Dies galt aber in Rom nur für bestimmte Fälle, während bei uns das Verlangen der Parteien entscheidet. Jetzt trifft allgemeine Bestimmung R. C. P. O. §. 231.

Digitized by Google

Verklagten zum Inhalte haben, bei denen also der Verklagte nur aus dem Grunde in Anspruch genommen wird, weil er sich mit dem klägerischen Rechte in Widerspruch gesetzt hat.[1] Zu den dinglichen Klagen haben wir aber in unserm Rechte nicht nur die Eigenthums- und die Erbschaftsklage, sondern selbst den Streit um persönliche Rechte, z. B. des Cessionars und des Cedenten um ein Forderungsrecht zu zählen. Ferner bestehen bei uns wie in Rom Privatstrafklagen im Gegensatze zu reinen Vermögensklagen;[2] doch sind solche Strafklagen, welche im römischen Rechte die Unvollständigkeit des öffentlichen Strafrechts ergänzten, im gemeinen und im preußischen Rechte viel seltener geworden.[3] Des Weiteren heben sich die possessorischen Klagen, welche einen Besitzstand ordnen sollen, von den petitorischen Klagen ab. Und gewisse Klagen sind bloß präparatorische, zur Aufklärung eines Thatbestandes, wie die Klage des Geschäftsherrn gegen den Administrator auf Rechnungslegung und die auf eidliche Manifestirung von Inventarien.

Eine besondere Bedeutung hat endlich in unserem Rechte der Gegensatz von Erfüllungsklagen und Klagen auf Ersatz gewonnen. Das römische Recht ging in seiner klassischen Zeit davon aus, daß jede Verurtheilung in Geld zu geschehen habe,[4] und diese ältere Rechtsauffassung hat auch im justinianischen Rechte, in welchem sie allerdings nicht mehr schlechthin gilt, noch wesentlich nachgewirkt.[5] Nach dem heutigen Rechte hingegen ist

---

1) §. 1 J. de actionibus 4, 6. Die engere Bedeutung von actio in rem, wonach sie eine dingliche Klage auf eine Sache bezeichnete, bleibt hier außer Frage.

2) Windscheid Bd. 1 §. 123 Anm. 4[a] nimmt an, das Reichsstrafgesetzbuch habe das gesammte Strafrecht in dem Sinne geregelt, daß auch die Privatstrafklagen betroffen würden und insofern sie nicht erwähnt wären, aufgehoben seien. Dies ist unrichtig, das Strafgesetzbuch bezieht sich nur auf das öffentliche Recht und auf die öffentlichen Strafen, es ergiebt sich dies u. A. daraus, daß unter den von ihm anerkannten Strafarten §. 13 ff. Privatstrafen nicht erwähnt werden, so daß solche nach der Gegenansicht gemäß §. 6 des Einführungsgesetzes überhaupt im deutschen Reich nicht zulässig wären, was man nicht als Absicht des Strafgesetzbuchs ansehen wird. Hinsichtlich des preußischen Strafgesetzbuchs von 1851 ist nie die Ansicht aufgetaucht, daß die älteren preußischen Privatstrafen durch dasselbe aufgehoben seien und doch ist dasselbe in Anordnung und Plan mit dem Reichsstrafgesetzbuch gleichen Charakters. Siehe auch Thon Rechtsnorm 1878 S. 37 ff.

3) Solche Privatstrafen sind unter Anderm die Pfandgelder bei Privatpfändungen, vgl. §. 123 Anm. 11. Ferner aber die Ehescheidungsstrafen L. R. II, 1. §. 783, welche natürlich ihren Charakter als Strafe nicht dadurch verlieren, daß hinsichtlich der Bemessung angenommen wird, der schuldige Theil sei am Tage der Publikation des rechtskräftigen Scheidungsurtheils gestorben. — Wie wenig aber unser Recht dem System der Privatstrafen günstig ist, zeigt die Behandlung des Holzdiebstahls nach dem Gesetze vom 2. Juni 1852 und dem inskünftige inkrafttretenden Forstdiebstahlgesetz vom 15. April 1878. Zwar fließt die wegen solcher Diebstähle festgesetzte Geldstrafe dem Bestohlenen zu, aber die Verfolgung der Strafe ist nicht in dessen Hand, sondern in die des Polizeianwalts gelegt und geschieht im Wege eines Strafverfahrens.

4) Gaj. Inst. IV. §. 48.

5) §. 32 J. de act. 4, 6.

Digitized by Google

die Klage und die Verurtheilung, so lange noch specifische Erfüllung möglich ist, auf diese zu richten; Geldersatzansprüche können nur dann geltend gemacht werden, wenn dem Schuldner die specifische Erfüllung nicht mehr möglich ist, oder wenn ihn die rechtlichen Zwangsmittel zu einer solchen nicht vermögen können. Doch kann der Kläger für den Fall, daß die eingeklagte Sache oder Handlung nicht geleistet werden sollte, im voraus, eventuell eine Verurtheilung aufs Interesse verlangen.[6] Ist dies nicht geschehen, so kann er auf dasselbe zurückkommen, auch wenn er die Verurtheilung des Gegners zur Leistung der Sache oder der Handlung erlangt hat. Hat nämlich der Kläger Ansprüche auf Sachen, so kann er nach fruchtloser Execution entweder die Sache dadurch verfolgen, daß er einen Offenbarungseid fordert, den die Drohung des Personalarrestes erzwingt, oder nunmehr sein Interesse liquidiren. Handelt es sich aber um eine Handlung, so hat er sofort bei Einleitung der Execution die Wahl, dieselbe zu erzwingen — sei es durch Personalhaft, sei es durch Leistung eines Dritten, den der Richter in geeigneten Fällen zu deren Vornahme auf Kosten des Verpflichteten ermächtigt[7] — oder statt Leistung der Handlung sein Interesse zu fordern. Er ist im Stande, von der getroffenen Wahl auch wieder abzugehen.[8]

§. 126. Anführungspflicht und Beweispflicht des Klägers.

Der Zweck der römischen Klage war, die Rechtsbehauptung des Klägers genügend zu individualisiren und diese dem Richter behufs der Urtheilsfällung zu unterbreiten.[1] Der Entstehungsgrund des eingeklagten Anspruchs,

---

6) A. G. O. I, 22. §. 19.

7) Verordnung vom 4. März 1834 §. 9. A. G. O. I. 24. §§. 55. 56. siehe unten Bd. 2 §. 107 ff. Vgl. R. C. P. O. §. 769.

8) R. C. P. O. §. 778 bestimmt, daß durch die Realexekution zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen das Recht des Gläubigers nicht berührt werde, die Leistung des Interesses zu verlangen; dasselbe sei im Wege der Klage beim Proceßgericht erster Instanz geltend zu machen. Unter welchen Voraussetzungen hiernach das Interesse gefordert werden kann, ist nach bisherigem Recht zu beurtheilen. Der §. 9 der Verordnung vom 4. März 1834 insbesondre bezüglich des Wahlrechts zwischen Interesseforderung und den verschiedenen Exekutionsmitteln ist nicht processualischen Inhalts — anders Koch und Struckmann Kommentar zu §. 778 — und wird also nicht beseitigt.

1) Dies tritt besonders deutlich hervor bei den römischen formulae in jus conceptae: Gajus Inst. IV. §. 45; quibus intendimus, nostrum esse aliquid ex jure Quiritium aut nobis dari oportere. Aber auch bei den sogenannten actiones in factum conceptae handelt es sich um Rechtsbehauptungen, z. B. in der Klagformel Gaj. IV. §. 46: si paret patronum ... contra edictum praetoris in jus vocatum esse, oder Gaj. IV. §. 47: si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo redditam non esse, oder endlich in der actio hypothecaria, vergl. Dernburg Pfandrecht I. S. 81; von einer Substantiirung durch Bezugnahme auf specielle Thatsachen, z. B. Tag, Ort, speciellen Inhalt des Geschäfts ist also bei der Formulirung

Digitized by Google

z. B. Kauf, Miethe, Depositum, wurde hierbei nur da hervorgehoben, wo diese Bezugnahme zur Specialisirung des eingeklagten Anspruchs nothwendig schien, während namentlich bei dinglichen Klagen, bei welchen der Anspruch sich schon durch das Objekt genügend individualisirte, eine Bezugnahme auf die Entstehung des Rechts der Regel nach nicht erfolgte.[2]

Nach gemeinem und heutigem Recht dagegen ist die Aufgabe der Klage nur die Erzählung derjenigen Thatsachen, aus welchen der Kläger sein Recht folgert.[3] [4] Dies gilt für das künftige mündliche wie das schriftliche Verfahren, so verschieden im Uebrigen die Art der Anbringung ist. Im schriftlichen Verfahren identificirt sich die Klage mit der Klagschrift so, daß in ihr die thatsächlichen Behauptungen des Klägers niederzulegen sind; im mündlichen dagegen bildet die Klage den Inbegriff der mündlich vorgebrachten Thatsachen, welche das Recht des Klägers begründen sollen; allerdings wird von der Reichscivilproceßordnung auch die Schrift, welche das Verfahren einleitet, Klage genannt, jedoch nur in einem uneigentlichen Sinn, da die Schriftsätze hier sämmtlich nur einen vorbereitenden Charakter haben sollen.

Die Klage muß die zur Begründung des Rechts dienenden Thatsachen vollständig darlegen, dasselbe substantiiren. Klagen, welche die zu diesem Zweck erforderlichen Thatsachen nicht enthalten, sind vom Richter als unschlüs-

---

der actiones in factum der Römer keine Rede; immerhin ist es wichtig, daß bei diesen Klagen, wie auch der Name besagt, die Rechtsbehauptung mit thatsächlichen Anführungen mehr oder weniger untermischt ist. In Folge dessen ergeben sich hier einige dem heutigen processualischen Verfahren ähnliche Erscheinungen. Vgl. Thon: Zur Lehre von den in factum actiones, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 239 ff. Erst bei der Verhandlung vor dem judex ging man aber im römischen Processe speciell auf die der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen ein.

2) Vgl. auch Puchta Rheinisches Museum II. S. 251 ff. III. S. 467 ff. Doch konnte der römische Kläger allerdings nach Lage des Falles ausnahmsweise vom Prätor verlangen, daß ein besonderer Entstehungsgrund in seiner dinglichen Klage vorgemerkt wurde. l. 11. §. 2. l. 14. §. 2. D. de exc. rei jud. 44, 2. Sav. VI. Beil. 17.

3) Jüngster Reichsabschied §. 34. — A. G. O. I. 5. §. 17, Verordnung vom 1. Juni 1833 §. 8.

4) Es versteht sich, daß der Richter nicht bloß im Allgemeinen zu prüfen hat, welcher Theil Recht oder Unrecht hat, sondern daß er sich des speciellen Rechtssatzes bewußt werden muß, welcher entscheidet, wobei ihm die aus dem römischen Rechte entlehnte Nomenklatur der Klagen von größtem Vortheil ist, „da sie für das System des praktischen Rechts ungefähr das, was die Grammatik für die Sprache ist." Savigny V. S. 149. Ebenso wird aber auch der Verfasser der Klage sich zweckmäßiger Weise klar zu machen haben, welcher Rechtssatz ihn vorzugsweise zum Ziele führen wird, um hiernach die Thatsachen zu sammeln und zu gruppiren, und es kann auch eine rechtliche Deduktion zum Zwecke der Ueberzeugung des Richters nützlich sein. Verwirrend aber ist es, wie dies meist geschieht, bei der processualischen Begründung des Klaganspruchs einen thatsächlichen (fundamentum agendi proximum) und einen rechtlichen Klagegrund (fundamentum agendi remotum) zu unterscheiden, weil eben die heutige Klage nur die thatsächliche Begründung enthalten muß. Hieran wird auch durch R. C. P. O. §. 128 Abs. 2 nichts geändert.

Digitized by Google

sige von Amtswegen abzuweisen, da sie ihm nicht die Mittel gewähren, seiner Aufgabe nachzukommen.[5] Dies Alles gilt für Klagen jeder Art, so daß eine dingliche Klage non expressa caussa bei uns niemals zuläſſig iſt.[6] Der Geſchichtserzählung muß ein Antrag hinzugefügt ſein, in welchem hervorgehoben wird, worüber Kläger den richterlichen Ausſpruch begehrt. Indeſſen hindert eine vage, ja ſelbſt eine unrichtige Faſſung des Klagpetitums den Richter nicht, eine Entſcheidung derjenigen Streitfrage zu treffen, welche die Parteien, wie aus ihren thatſächlichen Angaben mit Sicherheit erhellt, ſeiner Entſcheidung unterbreiten wollten.[7]

Die Vollſtändigkeit der Subſtantiirung fordert, daß der Kläger diejenigen Thatſachen in die Klage aufnimmt, welche nothwendig ſind, damit der Richter die Ueberzeugung des klägeriſchen Rechts gewinnen kann.[8] Hierbei liegt dem Kläger aber natürlicherweiſe keineswegs ob, alle diejenigen Thatſachen anzuführen, welche für ſein Recht dann bedingend wären, wenn wir daſſelbe nach den Grundſätzen der Theorie zergliedern würden. Denn die Wahrheit, welche im Proceſſe geſucht wird, iſt eine hiſtoriſche, keine abſolute. Der leitende Grundgedanke für die Anführungspflicht iſt daher, daß der Richter nur das Vorbringen derjenigen Thatſachen zu fordern hat, welche nach dem Urtheile eines verſtändigen, die Lebensverhältniſſe klar überſchauenden Mannes zur Annahme des Beſtehens des fraglichen Rechtes führen müſſen. Dieſen Grundgedanken, welcher freilich in ſolcher Allgemeinheit für die Zwecke der Rechtsanwendung dem Ermeſſen des Richters zu viel Spielraum ließe, hat dann das Recht und die Uebung der Rechtſprechung in mehr ſpeciellen Regeln ausgedrückt, in welchen ſich die Erfahrung der Jahrhunderte verkörpert. Immerhin iſt es bei der Anwendung dieſer Regeln

---

5) A. G. O. I, 6. §. 7. Natürlich kann auch auf Grund einer ſolchen Klage keine Verurtheilung in contumaciam erfolgen. R. C. P. O. §. 296 Abſ. 2.

6) Vergl. A. G. O. I, 5. §. 17.

7) Dies fällt unter die Interpretation der Klage durch den Richter, welche in liberaler Weiſe der Abſicht des Klägers entſprechend vorzunehmen iſt. Es iſt ſchlechthin verwerflich, wenn häufig der Richter, ſtatt den Parteien helfend zur Seite zu ſtehen, deren Vorbringen faſt feindlich dem Wortlaute gemäß interpretirt, um ſie zurückzuweiſen. Auch Erläuterungen des Petitums ſind demnach zuzulaſſen und zu beachten. Wie aber ſteht es mit Aenderungen des Petitums? Gegen die Zuläſſigkeit der Abänderung des Klagpetitums nach vollendetem Schriftenwechſel hat ſich zwar das Obertribunal Entſch. Bd. 38 S. 379 trotz A. G. O. I, 5. §. 21 ff. erklärt. Es wird ſich dies aber nur auf einen Fall beziehen können, in welchem durch eine ſolche Aenderung eine Vervollſtändigung des thatſächlichen Materials nöthig wird, im entgegengeſetzten Falle iſt die Aenderung des Petitums völlig unbedenklich. Anders Förſter I. §. 50. Nach R. C. P. O. §. 240 iſt es keine Aenderung der Klage, wenn der Klagantrag in Bezug auf Nebenforderungen erweitert oder beſchränkt wird. Ueber neue Thatſachen ſiehe §. 133 Anm. 6.

8) Unter den zahlreichen gemeinrechtlichen Ausführungen vergl. Unger II. S. 450 ff. Mayen über Beweislaſt 1861. Langenbeck Beweisführung S. 248 ff.

Digitized by Google

nothwendig, daß der Richter sich jenen leitenden Grundgedanken nie entfremde.

Nach demselben hat der Kläger nur diejenigen Thatsachen zu erzählen, denen sein Recht seine Entstehung verdankt. Und zwar genügt es, daß aus denselben die Entstehung eines Rechts nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu schließen ist. Daher ist namentlich das Vorhandensein allgemeiner Voraussetzungen der Entstehung des Rechts, wie Rechts- und Handlungsfähigkeit, z. B. Großjährigkeit und Unabhängigkeit des Mitkontrahenten von der väterlichen Gewalt, ferner ist die Verkehrsfähigkeit des Geschäftsobjekts nicht erst zu behaupten. Aber auch die Aufzählung mancher specieller Voraussetzungen der Entstehung des eingeklagten Rechts wird billigerweise vom Kläger nicht erwartet. So hat, wer sich auf einen Vertrag stützt, nicht die Willensernstlichkeit bei dessen Abschlusse, wer ein Intestaterbrecht behauptet, nicht die Nichtexistenz eines Testamentes zu behaupten. Hiernach unterscheidet die neuere Theorie die rechtshindernden Thatsachen, die der Gegner anzuführen hat, von den rechtsbegründenden, deren Anführung dem Kläger obliegt.[9] Was aber zu der einen oder andern Kategorie gehört, kann nicht nach logischen Gründen bestimmt werden, sondern nur nach praktischer Erwägung der Verhältnisse, die sich an die Uebung der Rechtsprechung anlehnt. Durchgreifend ist dagegen die Regel, daß es Sache des Verklagten ist, diejenigen Thatsachen seinerseits zur Sprache zu bringen, welche die bloße Entkräftung eines an sich begründeten Rechts oder die Wiederaufhebung des klägerischen Rechts bewirkten.

Was der Kläger behufs der Schlüssigkeit der Klage anzuführen hat, hat er der Regel nach auch zu beweisen.[10][11] Dennoch ist dies keineswegs

---

9) Es sind dies ganz passende Bezeichnungen. Wenn aber Viele, z. B. Unger II. S. 451 in der Bezeichnung gewisser Thatsachen als „positiv oder negativ wirkender" eine Grundlage für die Substantiirung und die Vertheilung der Beweislast erblicken, so bewegen sie sich im Cirkelschluß.

10) Sehr verschieden ist die weitere rein processualische Frage, wie dem Richter die Ueberzeugung von der Richtigkeit der von den Parteien vorgebrachten, in sich schlüssigen Thatsachen zu verschaffen ist. Es hat bekanntlich die gemeinrechtliche Doktrin und hiernach auch die A. G. O. I. 13. §. 9 ff. bestimmte Vorschriften darüber aufgestellt, unter welchen Voraussetzungen der Richter im Civilprocesse den Beweis für ganz oder für halb geführt anzusehen hat, sogenannte formelle Beweistheorie. In einigen Fällen urtheilt jedoch auch der Civilproceßrichter bei uns über die Beweisfrage nach seiner Ueberzeugung. So namentlich im Ehescheidungsprocesse, Verordnung vom 28. Juni 1844 §. 39, bei der Klage aus unehelicher Schwängerung, Gesetz vom 24. April 1854 §. 16, hinsichtlich der actio Pauliana, Gesetz vom 9. Mai 1855 §. 17, Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §. 111, insbesondre nach neueren Reichsgesetzen, wie Haftpflichtgesetz, den Gesetzen über Urheberrechte. Die R. C. P. O. §. 259 erhebt die freie Beweiswürdigung zur Regel.

11) Es sind auch die Regeln über Beweislast, welche zum großen Theil aus dem römischen Rechte stammen und dort das vernünftige Ermessen des Richters lei-

Digitized by Google

immer erforderlich. Denn abgesehen von dem Falle, in dem die Anführungen des Klägers notorisch sind oder zugestanden werden, hat der Kläger richtiger Ansicht nach die Nichtexistenz von Thatsachen der Regel nach nicht zu beweisen, wenn er auch auf diese Voraussetzung seine Rechte gründet und derselben gedenken mußte,[12] um eine schlüssige Klage herzustellen. So hat der Vermiether, welcher eine Exmissionsklage gegen einen Miether wegen Nichtzahlung des Miethzinses anstellt, um die Schlüssigkeit der Klage herzustellen, natürlicherweise zu behaupten, daß ihm der Miethzins nicht bezahlt sei; aber beweisen muß er dies nicht, da der Richter, so lange ihm die Thatsache der Zahlung von dem Miether, den es angeht, nicht dargethan ist, eine Tilgung der Miethschuld nicht annehmen kann.[13] Ebenso hat derjenige, wecher sich auf eine Verjährung stützt, zwar die Nichtausübung des Rechts während der Verjährungszeit behufs der Schlüssigkeit seines Vorbringens zu behaupten, dieselbe jedoch keinesweges zu beweisen, da eine Aus-

---

ten sollten, seit dem Mittelalter unter dem Einflusse der Lehre von der Präsumtion vielfach erstarrt und von der Doktrin rein schematisch ausgebildet worden; Endemann Civilproceß §. 180. — Wenn man neuerdings, z. B. Unger II, S. 451, diese Regeln darauf zurückführt, daß es eine Forderung natürlicher Billigkeit sei, in dem Kampfe streitender Parteien „Sonne und Wind gleich zu vertheilen" und nicht alle Last dem sein Recht suchenden Theile aufzubürden, so ist dies doch nur eine rein äußerliche Rechtfertigung.

12) Der Ausspruch von Paulus in der l. 2. D. de probat. 22, 3, ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat sollte allerdings nur die Beweispflicht für die von jeder Partei gemachte Rechtsbehauptung feststellen. Indessen Diocletian wendet bereits den Satz zweifelsohne auf die Verneinung von Thatsachen an l. 10. C. de non num. pec. 4, 30 inter eum, qui factum adseverans onus subiit probationis, et negantem numerationem, cujus naturali ratione probatio nulla est ... magna est differentia. Hiernach nahm denn auch die herrschende gemeinrechtliche Lehre von jeher an, daß der Regel nach die Verneinung von Thatsachen nicht zu beweisen sei, — vergl. gl. Accursiana zu l. 23 C. de probat. Bethmann-Hollweg Versuche S. 327 ff., — und dieser Satz wird nicht dadurch zweifelhaft, daß man ihn auf den viel zu weit führenden Grund stützte, der Beweis der Nichtexistenz einer Thatsache sei unmöglich. Auch hat sich die Praxis denselben nicht durch die moderne Theorie — Weber, die Verbindlichkeit zur Beweisführung, 1805; Bethmann-Hollweg Versuche S. 331 ff. — entreißen lassen. Im preußischen Rechte kann man sich hiefür auf A. G. O. I. 13. §. 28 berufen.

13) Aus gleichem Grunde hat derjenige, welchem für den Fall ein Kündigungsrecht zusteht, daß ihm die Zinsen nicht rechtzeitig gezahlt wurden, richtiger Ansicht nach nicht die Nichtzahlung der Zinsen zu beweisen. Auch die gemeinrechtlichen Anhänger der Theorie, daß die Negationen von den sie Behauptenden zu beweisen seien, können nicht in Abrede stellen, daß der Eigenthümer der Emphyteuse die Privationsklage wegen dreijähriger Nichtzahlung des Kanons anstellen konnte, ohne daß er die Nichtzahlung beweisen mußte. l. 2. C. de jure emphyt. 4, 66. Bethmann-Hollweg S. 343, Unger II, §. 129 Anm. 31. Das Obertribunal freilich hat erkannt, Archiv für Rechtsfälle Bd. 27 S. 335, daß dann, wenn das Fälligwerden des Kapitals von der Nichtzahlung der Zinsen abhänge, zur Begründung der Mandatsklage der urkundliche Beweis dieser Nichtzahlung nothwendig sei! Natürlich hat indessen der Kläger in der Mandatsklage nur das urkundlich zu belegen, was ihm überhaupt zu beweisen obliegt. Wie verkehrt es aber ist, dem Kläger den Beweis der Nichtzahlung der Zinsen aufzulegen, ergiebt sich daraus, daß

Digitized by Google

übung des Rechts, wenn sie nicht vom Berechtigten dargethan wird, nicht zu unterstellen ist.[14]

Aus dem Klagevortrag muß hervorgehen, daß der geltend gemachte Anspruch gerade dem Kläger gegen den Beklagten zusteht. Nicht selten fällt dieser Nachweis zusammen mit dem Nachweis des angesprochenen Rechtes. Wo dies nicht der Fall ist, bedarf es der Anführung besonderer Thatsachen zu diesem Zweck; es hat z. B. der Cessionar in der Klage gegen den Schuldner der cedirten Forderung die Thatsachen, aus welchen die Cession, wie diejenigen, aus welchen sich die Forderung ergiebt, anzuführen; ferner hat, wer mit der Eigenthumsklage auftritt, außer den Thatsachen, welche die Begründung seines Eigenthumsrechts darthun, den Besitz des Verklagten zu behaupten. Die Thatsachen nun, welche die Beziehung des Rechtsverhältnisses auf die Person des Klägers und des Verklagten speciell darthun, bilden die Legitimation zur Sache. Da der Richter auf die Vollständigkeit des Klagvortrages zu sehen hat, so muß er auch die Legitimation der Partei in diesem Sinne prüfen.[15]

§. 127. Einreden.[1]

Einreden oder Exceptionen sind diejenigen Vertheidigungsmittel des Verklagten, welche nicht eine bloße Leugnung der Klage enthalten. Die Begrenzung des Gebietes der Einreden ist daher wesentlich abhängig von der Formulirung der Klage.

---

wenn dieser Kläger die Zinsen als solche einfordert, der Verklagte seinerseits deren Zahlung beweisen muß, so daß also der Kläger durch jene Entscheidung nur auf den Umweg gedrängt wird, zuerst die Zinsen im Mandatsprocesse einzuklagen und, wenn ihm diese, weil der Verklagte die Zahlung nicht liquid stellen kann, rechtskräftig zugesprochen sind, dann erst das Kapital wegen Nichtzahlung der Zinsen zu fordern.

14) Präjudiz des Obertribunals Nr. 1334, dagegen freilich Entsch. Bd. 44 S. 137.

15) Die A. G. O. I. 5. §. 4 sub 6. I. 10. §. 81[a] hatte unrichtigerweise in Gemäßheit der älteren Theorie die Legitimation zur Sache und zum Processe nach gleichen Grundsätzen behandelt. — Unter letzterer verstehen wir die Befugniß zur Vertretung einer Proceßpartei. Den Nachweis der Legitimation zum Processe hat der Richter von Amtswegen zu fordern, da die Verhandlung, wenn eine solche Vollmacht nicht existirt, gegenüber der nur scheinbar vertretenen Partei nichtig sein müßte, der Richter aber Nichtigkeiten zu verhüten hat. Dagegen die Legitimation zur Sache ist ein besonderer Theil des Klaggrundes, und der Richter hat also keineswegs Veranlassung seinerseits, deren Nachweis zu betreiben. Bethmann-Hollweg Versuche S. 118. Auf Grund einer richtigeren Einsicht in diese Verschiedenheit sieht auch die neuere preußische Praxis von der Identificirung der Legitimation zur Sache mit der zum Processe ab, wozu die Verordnung vom 21. Juli 1846 §. 5 eine Veranlassung gab. Die R. C. P. O. §. 54 weist den Richter hiernach nur an, die Legitimation zum Proceß von Amtswegen zu berücksichtigen.

1) Albrecht die Exceptionen des gemeinen Civilprocesses 1835. Savigny V. S. 169 ff. Birkmeyer die Exceptionen im bonae fidei judicium 1874. Lenel Ursprung und Wirkung der Exceptionen 1876. Förster P. R. I. §. 53.

Digitized by Google

Besteht die Klage, wie in Rom, in einer Rechtsbehauptung des Klägers, z. B. des Bestehens einer Schuldverpflichtung des Verklagten gegenüber dem Kläger, so fällt jede Vertheidigung, welche diese Rechtsbehauptung verneint, unter die Leugnung der Klage, wie z. B. die Berufung auf wesentlichen Irrthum oder Handlungsunfähigkeit beim Abschlusse des Geschäfts oder das Vorschützen einer bereits stattgefundenen Tilgung der Verpflichtung. Hier also bilden, wie dies die Römer wirklich annahmen, Exceptionen nur diejenigen Einwendungen des Verklagten, welche eine selbständige Rechtsbehauptung desselben enthalten, die im Stande ist, das klägerische Recht zu entkräften. Dagegen mußte der Kreis der Einreden wachsen, seit die Aufgabe der Klage nur die Anführung von Thatsachen ist, aus welchen sich der Richter sein Urtheil zu bilden hat. Gegenüber der heutigen Klage ist also jede Vertheidigung eine Einrede, bei welcher man nicht die Klagethatsachen verneint, sondern mittels der Anführung selbständiger Thatsachen die Verurtheilung abzuwenden sucht.[2] Daher gestaltete sich bei uns zur Einrede ebensowohl die Einwendung von Thatsachen, aus welchen sich ergiebt, daß ein Recht des Klägers, z. B. wegen wesentlichen Irrthums, Handlungsunfähigkeit einer der Parteien niemals bestanden hat, oder daß dasselbe z. B. in Folge einer Zahlung bereits im Momente der Klaganstellung wieder zu Grunde gegangen ist, als auch die eigentlich römische Exception, also der Einwand, daß das Recht des Klägers, wenn es auch bestünde, in Folge gewichtigerer entgegenstehender Rechtsgründe nicht zur Verurtheilung führen könne.[3] Keine wahre Einrede aber auch in dem weiten Sinne der Neueren ist die Behauptung des Verklagten, daß sich aus den klägerischerseits vorgebrachten Thatsachen kein Rechtsanspruch ergebe,[4] da hierin nur eine Rechtsausführung liegt über diejenige Frage, über welche der Richter auch ohne einen Antrag des Verklagten von Amtswegen zu befinden hat.[5]

---

2) A. G. O. I. 9. §. 11.

3) Für die Entwickelung des römischen Rechts war seit der Kaiserzeit ein wesentlicher Faktor die sog. exceptio doli generalis: ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra aequitatem naturalem prosit, l. 1. §. 1. D. de doli mali exceptione 44, 4. Derselbe Gedanke macht richtiger Ansicht nach auch bei uns auf Durchführung Anspruch. Eine solche exceptio doli generalis also kommt auch in der modernen Praxis dann zur Geltung, wenn ein Anspruch zwar in der positiven Gesetzgebung begründet ist, wenn ihm aber im gegebenen Falle das allgemeine Rechtsgefühl der Art entgegensteht, daß sich das Gericht derselben nicht zu verschließen vermag. Andre Auffassungen führt aus Römer die exceptio doli bei Goldschmidt Zeitschrift Bd. 20 S. 48 ff.

4) Die sog. Einrede der nicht schlüssigen Klage oder exceptio inepti libelli.

5) Dies ist durch einen Plenarbeschluß des Obertribunals Präj. Nr. 1108, Entsch. Bd. 7 S. 308 besonders anerkannt worden. Wenn also, wie dies in dem damals fraglichen Falle vorlag, der verklagte Pächter die Klage des Verpächters auf Räumung des Pachtgutes aus dem Grunde bestreitet, weil ihm nicht in gehöriger

Digitized by Google

An und für sich enthält das Vorbringen einer Einrede weder die Anerkennung der Klagthatsachen, noch auch der Schlüssigkeit derselben; was man durch den Rechtsspruch auszudrücken pflegt: „qui excipit, non fatetur.“ [6] Erzählt indessen der Verklagte behufs der Substantiirung einer Einrede Thatsachen, welche mit den klägerischerseits gemachten Behauptungen völlig übereinstimmen, so sind die letzteren natürlich zugestanden und es kann eine hiergegen gerichtete Verwahrung des Verklagten nicht beachtet werden.[7]

Die Einreden bewirken bald schlechthin Abweisung der Klage, die sogenannten peremptorischen Exceptionen, bald haben sie nur eine schwächere Wirkung, dilatorische Einreden, sei es, daß sie nur die bedingte Zuerkennung des Anspruchs oder die Abweisung des Klägers zur Zeit herbeiführen.[8]

Wie sich der Umfang der Einreden im neueren Rechte erweiterte, also mußte dies auch konsequenterweise mit Repliken und Dupliken geschehen. Auch Repliken sind nicht mehr, wie dies in Rom mehr oder weniger der Fall war, Rechtsbehauptungen, welche die Einreden entkräften, sie werden vielmehr durch die Erzählung derjenigen selbständigen Thatsachen gebildet, welche der Wirkung der Einredethatsachen begegnen. Und entsprechend steht es mit den Dupliken.

Für die Einrede-, Replik- und Duplikthatsachen besteht die Pflicht der Anführung und des Beweises Seitens des sie Vorschützenden in gleichem Maße, wie für die Klagethatsachen.

Weise gekündigt worden sei, das Gericht aber findet, daß dem Pächter nach dem Inhalte des Pachtvertrages, auf den sich der Kläger beruft, überhaupt noch kein Kündigungsrecht zusteht, so kann dasselbe die Klage auf Grund dieses nicht geltend gemachten Umstandes zurückweisen, da sich aus demselben ergiebt, daß die vom Kläger vorgeschützten Thatsachen nicht schlüssig sind. Auch kann nach der Regel „qui excipit, non fatetur“ nicht etwa angenommen werden, daß der Verklagte das Kündigungsrecht stillschweigend anerkannt habe, indem er bloß die Einwendung, daß nicht zur gehörigen Zeit gekündigt worden sei, der Klage entgegensetzte.

6) l. 9. D. de except. 44, 1.

7) Daß aber ein bedingtes Geschäft ein anderes ist als das im Uebrigen gleichlautende unbedingte, darüber siehe oben §. 86 Anm. 3. Ueberhaupt aber soll der willkürlichen Theilung der Geständnisse, wie sie oft geübt wird, durch den Text kein Zugeständniß gemacht werden.

8) Die römische Eintheilung der Einreden in solche, die nur gewissen Verklagten zustehen, exceptiones personae cohaerentes und in solche, die von jedem aus dem Rechte in Anspruch genommenen, geltend gemacht werden können, rei cohaerentes, ferner in solche, die jedem Kläger gegenüber wirken (in rem), oder nur gewissen Klagberechtigten schaden (in personam), hat nur Bedeutung für die Exceptionen im engeren Sinne. Dagegen die Einreden, welche die Nichtexistenz eines vom Kläger geltend gemachten Rechts darthun sollen, können natürlich von Jedem vorgeschützt werden, da hierdurch nur der Anschein eines Rechts, welcher dem Kläger zu Gute kommt, zerstört wird. Hier kann man daher nie von einer exceptio de jure tertii sprechen.

Digitized by Google

§. 128. Vermuthungen.[1]

Gemäß der bis in dieses Jahrhundert hinein herrschenden gemeinrechtlichen Theorie haben unsere Gesetzbücher die Beweislast zum großen Theil nach Vermuthungen geregelt. Zwar bestimmt die Einleitung der Gerichtsordnung im §. 16: daß derjenige Theil die geleugnete Thatsache zu beweisen habe, welcher sich auf dieselbe gründe. Aber an anderem Orte wird vorgeschrieben, daß im Falle des Nichterbringens des Beweises die Partei ein obsiegliches Urtheil erhalte, welcher richterliche Präsumtionen zu Statten kämen.[2] Die zahlreichen Vermuthungen jedoch, welche sich in Folge dessen in unseren Gesetzbüchern finden, sprechen zum großen Theil nur aus, was sich bei einer rationellen Behandlung der Beweisfrage ohnehin von selbst ergiebt, daß der Richter Thatsachen, die ihm nicht nachgewiesen sind, auch nicht als richtig annehmen soll. Wir haben solche negative Vermuthungen als unechte und im Grunde überflüssige von denjenigen zu sondern, welche etwas Positives enthalten.

1. Die allgemeinste negative Präsumtion enthält die Bestimmung der Gerichtsordnung, daß keine Thatsache und keine Veränderung zu vermuthen sei.[3] Daher soll unter Anderm nicht vermuthet werden, daß Jemand verheirathet gewesen ist und Kinder erzeugt habe,[4] ferner nicht die Verfälschung einer Urkunde oder Irrthum gegenüber einem Geständnisse, oder die Schuld eines Dritten im Falle der Beschädigung unserer Objekte oder die Beschränktheit oder die Getheiltheit des Eigenthums.[5] Zuweilen fassen die Gesetze ihrem Sinne nach negative Präsumtionen in positiver Form.[6] So drückt die Vermuthung für die Redlichkeit des Besitzes nur aus, daß der Beweis des Dolus des Besitzes nur demjenigen obliegt, welcher solchen behauptet.[7]

---

1) Unger II. §. 130. Vgl. auch Burkhardt die civilistischen Präsumtionen 1866, Prinz l. c. §. 44. R. Koch bei Gruchot Bd. 13 S. 321 ff.

2) A. G. O. I. 13. §. 27.

3) A. G. O. I. 13. §. 28. Hieraus kann aber begreiflich nicht geschlossen werden, daß ein Recht, das jetzt besteht, z. B. Eigenthum des A. an einer Sache auch schon früher in einem gewissen kritischen Momente bestand, sondern nur, daß die Veränderung von Thatsachen, die früher bestanden, des Beweises bedarf. Vgl. Entsch. Bd. 8 S. 465. Auch ist der Grundsatz nicht anwendbar bei Zuständen, welche ihrer Natur nach der Veränderung regelmäßig unterworfen sind, z. B. der Waarenbestand eines offenen Geschäfts. Striethorst Bd. 64 S. 5.

4) Anh. §. 106 zu A. G. O. I. 13. §. 28.

5) A. G. O. I. 10. §. 121. I. 10. §. 88[b]. L. R. I, 6 §. 24. L. R. I, 8 §§. 22. 23, cfr. I, 19 §§. 14—28. Zu den Vermuthungen dieser Klasse, welche nur die selbstverständlichen Grundsätze der Beweislast wiederholen, gehört auch die Bestimmung des deutschen Handelsgesetzbuchs Art. 853, „daß im Zweifel vermuthet werde, daß ein eingetretener Schaden durch Kriegsgefahr nicht verursacht sei."

6) Vgl. A. G. O. I. 2. §. 5.

7) L. R. I, 7 §§. 18. 19.

Digitized by Google

2. Echte Rechtsvermuthungen liegen nur vor, wenn das Gesetz den Richter anweist, auf Grund des Vorhandenseins gewisser Thatsachen das Vorhandensein anderer, an sich noch zu beweisender Thatsachen oder auch einer Berechtigung anzunehmen. Und zwar geschieht dies zum großen Theil um deswillen, weil der Gesetzgeber diesen Schluß nach dem Gange der Lebensverhältnisse für entsprechend hält und die Möglichkeit subjektiver Bedenken des Richters an der Richtigkeit desselben abschneiden will.[8] So begründet die Verheimlichung des Besitzes gestohlener oder verlorener Sachen die Vermuthung, daß der Erwerb derselben ein unredlicher gewesen sei,[9] Thun und Dulden dessen, was uns nachtheilig ist, führt zur Vermuthung, daß die Meinung einer Verpflichtung diesem Benehmen zu Grunde liege, ferner wird vermuthet, daß der Besitz ein rechtmäßiger sei, d. h. daß der thatsächliche Zustand dem Rechte entspreche, sowie auch, daß man Rechte nur gegen angemessene Vergütung habe aufopfern wollen.[10] [11] Zuweilen haben solche Vermuthungen rechtspolitische Zwecke.[12] Sie werden namentlich nicht selten aufgestellt, um denjenigen, welcher durch die pflichtwidrige Handlung eines Andern in die Lage gesetzt ist, einen Schaden nachzuweisen, von dem Beweise zu entlasten und denselben auf den pflichtvergessenen Gegner zu überwälzen.[13] Ist die Prämisse des Schlusses, welchen das Gesetz vorschreibt, nachgewiesen, so ist der Folgesatz vollständig erbracht, und es bedarf nicht etwa eines nothwendigen Eides, um dessen Richtigkeit herzustellen.[14] Gleichwohl ist der Gegenbeweis gegen die Thatsache, auf die geschlossen wird, mit

---

8) Natürlich kann der Richter solche Schlüsse auch da machen, wo ihn das Gesetz hierzu nicht anweist, aber nach der Lebenserfahrung der betreffende Schluß gerechtfertigt ist; der Unterschied der Rechtsvermuthung von derartigen Vermuthungen liegt nur darin, daß der Richter an die erste gebunden ist, während bei der letzteren das Ermessen des Richters bestimmend ist. Jedoch kann die Evidenz des Schlusses der Art sei, daß der Unterschied von einer Rechtsvermuthung fast verschwindet.

9) L. R. I, 15 §. 41. Andere Beispiele L. R. I, 11 §§. 199 ff. 801 ff. I, 11 §. 842. I, 12 §. 586. I, 16 §§. 98. 102. 103. 106. 114. 133—139. II, 1 §. 544.

10) L. R. I, 7 §§. 107. 108. I, 11 §. 1040. I, 5 §. 260, cfr. I, 21 §. 8. II, 2 §. 245.

11) Zu den Rechtsvermuthungen dieser Art gehören gesetzliche Vorschriften über Auslegung von Rechtsgeschäften, vgl. Handelsgesetzbuch Art. 806, auch Art. 853. Dagegen können nicht als Rechtsvermuthungen aufgefaßt werden die sogenannten Dispositivgesetze, d. h. Rechtsvorschriften, welche durch einen entgegengesetzten Willen der Parteien ausgeschlossen werden können. Solche Bestimmungen gründen sich keineswegs ausschließlich auf einen präsumtiven Willen der Kontrahenten, wenn ihnen auch die Durchschnittsansicht des Verkehrs vielfach zur Grundlage dient.

12) Vgl. die Vermuthungen des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874 §. 44 über militärische Testamente.

13) So z. B. Handelsgesetzbuch Art. 777 Abs. 2.

14) L. R. I, 4 §. 64, vgl. z. B. I, 16 §. 144.

Digitized by Google

andern Worten der Beweis eines andern Sachverhalts regelmäßig zulässig, und es kann derselbe auch durch zulängliche Gegenindicien geführt werden.

Häufig geben die Gesetze unter der Form von Vermuthungen nicht sowohl Beweisregeln, als materielle Rechtsvorschriften. Es wird z. B. vom Gesetze vermuthet, daß Jedermann, den es angeht, den Inhalt des Hypothekenbuchs kenne, womit ausgedrückt wird, daß dessen Einträge auch gegen diejenigen wirken, welche von denselben nichts wußten. Gegen solche Vermuthungen (sogenannte praesumtiones juris et de jure) ist der Gegenbeweis unzulässig.[15]

Die R. C. P. O. hat die Rechtsvermuthungen nicht berührt, welche eine Thatsache bis zum Beweis des Gegentheils oder unter Ausschluß desselben sicher stellen. Vermuthungen, welche eine Thatsache bloß wahrscheinlich machen sollen, werden aufgehoben.[16]

III. Einfluß des Processes auf das eingeklagte Recht.[1]

§. 129. Einleitung.

Der Proceß hat zum Ziele, angezweifeltes Recht zwischen den Parteien klarzustellen. Trotzdem aber erleiden durch den Proceß die Rechtsverhältnisse der Parteien wesentliche Umgestaltungen.

Das Recht knüpft nämlich schon an den Proceßbeginn Veränderungen des eingeklagten Rechts, indem sich mit diesem Momente die Ansprüche des Klägers steigern können. Ferner aber giebt das verurtheilende Enderkenntniß dem zu Grunde liegenden, materiellen Rechte mittels der richterlichen Anerkennung eine neue formelle Grundlage und verleiht ihm hierdurch neue rechtliche Eigenschaften, während der von der Klage Losgesprochene in dem freisprechenden Urtheil die sicherste Vertheidigung gegen jede Wiederholung ungerechtfertigter Prätentionen findet.

Die so gewonnene Sicherheit hat ihre Kehrseite, in welcher sich aber nur ein unvermeidliches Uebel darstellt. Es ist nämlich die Möglichkeit nicht auszuschließen, daß die Proceßverhandlung dem Richter ein unrichtiges Bild von dem Sachverhältniß gewährte, indem relevante Thatsachen von den Parteien nicht angeführt oder nicht gehörig bewiesen oder unrichtige Thatsachen zugestanden oder wegen Versäumniß der processualischen Fristen für zuge-

---

15) L. R. I, 4 §. 19, vgl. Handelsgesetzbuch Art. 274.

16) Einführungsgesetz zur R. C. P. O. §. 16 unter 1, §. 14 unter 3.

1) Insbesondere Savigny Bd. VI, Wächter Erört. III, S. 1—134.

Digitized by Google

standen erachtet wurden; es ist auch möglich, daß der Richter beim Fällen des Urtheils, sei es in der Auffassung der Thatsachen, sei es in deren rechtlicher Beurtheilung, irrte. In Folge dessen kann das Resultat des Processes sein, daß der Richter das Bestehen von wirklichem Recht ganz oder theilweise verneint und daß er nicht wirkliches Recht anerkennt. Es bilden sich hierdurch neue Rechtsverhältnisse, unter dem Scheine der bloßen Anerkennung der alten, welchen der Staat volle Kraft beilegen muß; denn die Geltung der rechtskräftigen Urtheile beruht nicht auf ihrer, stets wieder dem Zweifel ausgesetzten inneren Begründung, sondern lediglich auf dem Gesetze, welches sie jeder weiteren Kritik entzieht.

1. Der Proceßbeginn.

§. 130. Novation in Folge der Litiskontestation.

Nach römischer Auffassung entstand mit dem Proceßbeginn eine neue Verbindlichkeit des Verklagten des Inhalts, sich der Verurtheilung für den Fall der Richtigkeit der Klagebehauptung zu unterwerfen.[1] Diese Proceßobligation wurde zurückgeführt auf eine Art von Vertrag, da die Parteien beiderseits den richterlichen Spruch über die Bejahung oder Verneinung der klägerischen Rechtsbehauptung gefordert und sich demselben hierdurch unterworfen hatten.[2] Die so entstandene Berechtigung trat an die Stelle der ursprünglichen, der Klage zu Grunde liegenden Ansprüche, welche fortan entweder ipso jure oder durch Vermittelung der exceptio rei in judicium deductae als getilgt galten, so daß eine Art der Novation vorlag.[3]

---

1) Dies spricht bekanntlich in unzweideutiger Weise Gaj. III, §. 180 aus. Im justinianischen Rechte tritt dies Alles freilich nicht mehr rein hervor. Dasselbe hat aber gerade in dieser Lehre, wo es nichts ist als ein Trümmerfeld älterer halbverstandener Bestimmungen, nur ein sehr geringes wissenschaftliches Interesse.

2) Sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi: l. 3. §. 11. D. de peculio 15, 1. l. 22. D. tutelae 27, 3.

3) l. 11. §. 1. l. 29. D. de novat. 46, 2. Vatic. fragm. §. 263. Die Annahme einer Novation war für den altrömischen Proceß eine unabweisbare Nothwendigkeit. Denn der Proceß und seine Folge, das Judikat, erzeugte damals eine Formalschuld, die schlechthin, ohne daß man auf das ursprüngliche Fundament zurückgehen konnte, verwirklicht wurde. Hätte also die Regel nicht bestanden „ne bis de eadem re sit actio," so hätte die Multiplikation der Klagen und folgeweise der Judikate schlechthin die Multiplikation der Schuldverpflichtungen zur Folge gehabt. Es wäre die Sache ähnlich gewesen, wie wenn bei uns über dieselbe Schuld von 1000 zwei Wechsel im Betrage von 1000 ausgestellt würden, die beide geltend gemacht werden können, und es hätte im alten Rom keinen Weg wie bei uns in diesem Falle gegeben, um das zum zweitenmal Gezahlte hinterher zurückzufordern. Hierin gründete sich auch, unserer Ansicht nach, die Behandlung der Korrealobligationen im alten römischen Rechte, insbesondere die Befreiung sämmtlicher Korrealschuldner durch die Litiskontestation mit dem einen Schuldner. Wollte man, daß aus einem solchen Rechtsverhältnisse der Absicht der Kontrahenten gemäß nur einmal Zahlung beigetrieben werden könne, so war dies im alten Rechte nur erreichbar, wenn man nur

Digitized by Google

Natürlich knüpfte sich aber diese Novation nicht schon an die Klagmittheilung, bei der sich ja der Verklagte noch passiv verhielt, sondern, da sie auch Thätigkeit des Verklagten voraussetzte, an den Akt der Litiskontestation, in welchem das beiderseitige Verlangen richterlichen Entscheides seinen Ausdruck fand. Ihrem wesentlichen Inhalte nach spiegelte die durch diesen Proceßakt geschaffene Obligation den der Klage zu Grunde liegenden Anspruch ab, sie modificirte ihn aber in Folge des Gedankens, daß der Richter dazu berufen sei, über die Richtigkeit der Rechtsbehauptungen, welche sich die Parteien zur Zeit der Litiskontestation entgegengestellt hatten, zu sprechen. Daher konnten nachtheilige Veränderungen, welche die Rechte des Klägers noch späterhin, abgesehen von dem Processe, getroffen hätten, dem Principe nach, das freilich, je länger, desto weniger, unbedingte Durchführung fand, das Anrecht des Klägers auf die Verurtheilung nicht mehr aufheben.[4] In Folge dessen wurde dieser Anspruch insbesondere unabhängig von der etwaigen Vernichtung des zu Grunde liegenden Rechts durch Zeitablauf; er wurde ferner vererblich, wo jenes unvererblich war.[5] Mit der Grundidee hing weiter zusammen der Rechtssatz, daß dem Kläger das zu leisten sei, was er gehabt hätte, wenn es im Momente der Litiskontestation zum richterlichen Spruche gekommen wäre.[6]

Bei dinglichen Klagen taucht auch die Anschauung unter den römischen Juristen mehrfach auf, daß der verklagte Besitzer, indem er den processualischen Kampf gegen das Recht des Klägers aufnahm und mit Unrecht das richterliche Urtheil für sich forderte, in Schuld sei, daß er also durch die Litiskontestation zum malae fidei possessor werde. Dieser Gedanke stammt aus jener ältesten Zeit, in welcher man naiver Weise zwischen objektiver Rechtsverletzung und subjektiver Schuld nicht zu unterscheiden wußte.[7] Einer

---

eine Klage gegen einen der Schuldner und also nur eine Verurtheilung zuließ, da parallele Processe gegen die mehreren correi debendi mehrere Urtheile, mehrere Urtheile aber die Pflicht der Doppelzahlung begründet hätten. Erst die Kaiserzeit konnte den Gedanken ausbilden, daß mehrere an sich selbständige Judikate in Folge der Eigenthümlichkeit der zu Grunde liegenden Ansprüche durch eine Zahlung getilgt werden könnten, so daß sich jetzt erst die Solidarobligationen entwickelten, bei welchen der Gläubiger mehrere Urtheile gegen die Solidarschuldner erwirken kann, obgleich er nur eine Zahlung beizutreiben berechtigt ist, vgl. unten Bd. 2 §. 47.

4) Vgl. unten §. 133 Anm. 2.

5) l. 58 D. de obl. et act. 44, 7. l. 139 pr. D. de R. J. 50, 17.

6) l. 31 pr. D. de r. cr. 12, 1. Savigny VI, S. 3 ff. 35 ff. 53 ff.

7) l. 20 §. 11. l. 25 §. 7. l. 31 §. 3. D. de her. pet. 5, 3. l. 2 C. de fructibus 7, 51. Unstichhaltig ist die Erklärung von Savigny VI, S. 84 ff., wonach diese Stellen nur eine auf ganz singulären Gründen beruhende Eigenheit der hereditatis petitio enthalten sollten, die auf die übrigen dinglichen Klagen niemals ausgedehnt worden sei! Ich meine, man müßte sich nur die Worte der alten legis actio vergegenwärtigen: „quando tu injuria vindicavisti, D. aeris sacramento te provoco“ Gaj. IV, §. 16 und sich erinnern, das derjenige „qui vindiciam falsam tulit,“ wie

Digitized by Google

unbedingten Verwirklichung auch dieses Satzes trat indessen das verfeinerte, diesen Unterschied würdigende Rechtsgefühl der Juristen der römischen Kaiserzeit entgegen. [8]

Dem modernen Rechte sind die Grundgedanken fremd, auf welchen die römische Proceßobligation beruhte. Bei uns ist es keineswegs eine bei dem Proceßbeginn formulirte Rechtsfrage, über welche der Richter zu sprechen hat, vielmehr bildet das materielle Recht, welches der Klage zu Grunde liegen soll, unmittelbar den Gegenstand richterlicher Beurtheilung; dasselbe erleidet auch nicht, wie nach der römischen Lehre, im Processe eine Novation, sondern erfährt durch ihn nur eine Steigerung, die sich darauf gründet, daß es unbillig wäre, wenn der Verklagte aus der selbst veranlaßten Verzögerung des Processes Vortheil zöge, und sich ferner dadurch rechtfertigt, daß es einer gleichen Vertheilung von Rechten und Pflichten zwischen den proceßführenden Parteien entspricht, dem Verklagten sorgfältige Bewahrung des Streitobjekts aufzulegen, welches ihm während des Processes anvertraut bleibt. Allerdings führen unsere Gesetze die Steigerung auf den Satz zurück, daß der Verklagte mit der Behändigung der Klage unredlicher Besitzer werde, und in Verzug gerathe, wenn dies nicht schon früher der Fall war. [9] Doch ziehen sie aus diesem Satze, den sie den Aussprüchen der römischen Juristen entnahmen, keine weiteren Konsequenzen, als jene Gesichtspunkte ohnehin an die Hand geben und stellen den verklagten Besitzer, trotzdem, daß sie dessen Unredlichkeit von der Klagbehändigung an präsumiren, mehrfach dem unredlichen Besitzer gegenüber, dessen Unredlichkeit dem Richter besonders dargethan ist.

Das Fallenlassen der römischen Novationsidee mußte den einzelnen Normen, die wir dem römischen Rechte entnahmen, eine veränderte Stellung geben. Insbesondere konnte die Steigerung der Verpflichtungen des Verklagten nicht erst, wie bei den Römern, vom Momente der Litiskontestation an datiren, die billige Rücksicht auf den Kläger forderte vielmehr, daß die gesteigerte Haftbarkeit und Verantwortlichkeit des Verklagten schon mit der Klagbehändigung eintrat. [10] Ferner verlor mit der Beseitigung der Nova-

---

ein Dieb, mit der Strafe der Herausgabe des Doppelten der Früchte belegt wurde — Festus v. vindiciae, — um den Zusammenhang des Rechtssatzes mit dem ältesten Rechte gleichsam mit Händen zu greifen.

8) Vgl. auch l. 40. pr. D. de her. pet. 5, 3.

9) A. G. O. I, 7 §. 48. L. R. I, 7 §. 222. I, 16 §. 18. Vgl. die Materialien bei Simon und Strampff Zeitschrift Bd. III, S. 171 ff. S. 321 ff.; wie das Landrecht so auch östr. G. B. §. 338.

10) A. G. O. I, 7 §. 48 ff. Für das gemeine Recht nimmt mit Grund das Gleiche an u. A. Kierulff S. 281 ff., Savigny VI, §§. 278. 279. Dagegen Wächter Erört. III, S. 70 ff., Bangerow I, §. 160 am Schlusse.

Digitized by Google

tionsidee der römische Satz seinen Boden, daß der bisher aktive oder passive unvererbliche Anspruch mit dem Proceßbeginn vererblich wurde, daher knüpft sich nach preußischem Recht die Vererblichkeit erst an das rechtskräftige Urtheil,[11] welches dem Anspruche auch nach unserm Rechte ein neues Fundament giebt.[12] Auf besonderen Gründen aber beruht es, daß die erlöschende Verjährung nach preußischem Recht schon durch einen den Proceß nur vorbereitenden Akt, nämlich die Klageanmeldung,[13] unterbrochen wird.

Auch nach der R. C. P. O. treten alle Wirkungen, welche durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts an die Anstellung, Mittheilung oder gerichtliche Anmeldung der Klage geknüpft sind, mit der Erhebung der Klage ein.[14] Dieselbe wird vom Gesetz in die Zustellung der Klagschrift oder des Protokolls gesetzt, welches der Kläger behufs der Klagvorbereitung beim Gerichtsschreiber des Amtsgerichts über sein Klagvorbringen aufnehmen läßt.

---

11) Vorschriften über die Vererblichkeit der Strafen geben die preußischen Rechtsquellen hauptsächlich hinsichtlich der öffentlichen Geldstrafen. Das Landrecht erachtete solche Geldstrafen dann als von den Erben beitreibbar, wenn sie entweder bereits erkannt oder wenn die Untersuchung gegen den Erblasser so weit geschlossen war, daß deren rechtlicher Festsetzung nichts im Wege stand. L. R. I, 9 §. 363, vgl. A. G. O. I, 7 §. 51. Dagegen hat das preußische Strafgesetzbuch von 1851 §. 20 und hiernach das deutsche im §. 30 bestimmt, daß in den Nachlaß eines Verstorbenen eine Geldstrafe nur dann vollstreckt werden könne, wenn das Urtheil bereits bei Lebzeiten des Verurtheilten rechtskräftig geworden sei. Dies offenbar deswegen, weil hiermit der Anspruch eine neue Grundlage erhielt. Hinsichtlich der Privatstrafklagen findet sich keine ähnliche principielle Bestimmung. Für die Ehescheidungsstrafen trifft das L. R. II, 1 §. 830 die besondere Vorschrift, daß sie die Erben des unschuldigen Theils alsdann fordern könnten, wenn sie dem Erblasser vor seinem Tode bereits zuerkannt war, falls auch das Urtheil erst nachher rechtskräftig oder in den folgenden Instanzen bestätigt wurde, ähnlich L. R. I, 18 §. 625; dagegen war in dieser Hinsicht principiell konsequent L. R. II, 1 §. 1088, aufgehoben durch Gesetz vom 24. April 1854 §. 22, vgl. noch §. 19. Die Vererblichkeit anderer unvererblicher Ansprüche, z. B. des Rechts auf Ausstattung gegenüber den Eltern L. R. II, 2 §. 236, tritt nach dem Grundsatze des Textes gleichfalls nicht schon mit dem Rechtsstreite, sondern erst mit der Unanfechtbarkeit der richterlichen Entscheidung ein.

12) Nicht hierher gehören die Fälle, in welchen schon die erklärte Absicht des Erblassers zu klagen, die Klage vererblich macht, wie die Klage auf Widerruf der Schenkung wegen Undank L. R. I, 11 §§. 1158. 1159; vgl. auch hinsichtlich der Scheidungsklage L. R. II, 1 §§. 827. 828.

13) L. R. I, 9 §§. 551 ff. 603 ff. Die Klaganmeldung, welche dem gemeinen Processe unbekannt ist, soll den Richter zur Ansetzung eines Termins zur Aufnahme der Klage verpflichten A. G. O. I, 4 §. 6. Sie verlangt genaue Bezeichnung der Proceßparteien und allgemeine Angabe des Grundes und Gegenstandes der Klage. Die Verjährung ist unterbrochen, auch wenn der angemeldete Proceß nicht verfolgt wird. Da die Klageanmeldung nur den Zweck hat, die einseitige Handlung der Klage vorzubereiten, so war ursprünglich Mittheilung derselben an den Verpflichteten nicht gefordert, jedoch sind die Gerichte später mit Rücksicht auf die Unterbrechung der Verjährung verpflichtet worden, dem Beanspruchten Kenntniß von derselben zu geben. Reskript vom 20. Juli 1843. — Die Verjährung der Wechselklage wird nur durch Insinuation unterbrochen.

14) R. C. P. O. §. 239. Eine Ausnahme für Zustellungen mittels Ersuchens andrer Behörden oder mittels öffentlicher Bekanntmachung trifft R. C. P. O. §. 190.

Digitized by Google

Soweit derartige Schriftstücke nicht vorausgiengen, datirt die Erhebung der Klage von dem Augenblick, in welchem der Anspruch in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wird.[15]

§. 131. Die Folgen des Proceßbeginns im Einzelnen.

Die Steigerung der Verpflichtung des Verklagten mit dem Proceßbeginn prägt sich in folgenden Sätzen aus:

1. Der Verklagte haftet fortan dem Kläger für mäßiges Versehen;[1] der Zufall hingegen fällt nur dem eigentlich unredlichen Besitzer zur Last. Selbst diesem steht jedoch der Nachweis offen, das der Zufall die Sache auch getroffen hätte, wenn dieselbe im Besitze des Berechtigten gewesen wäre.[2]

2. Der Verklagte hat ferner die Erweiterungen des Klaggegenstandes durch den Zuwachs, welchen derselbe während der Dauer des Rechtsstreites erhielt, herauszugeben. Insbesondere gilt dies für die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte.[3] Im Falle eines Verkaufes der Früchte durch den Verklagten steht dem Kläger die Wahl zu zwischen dem erlösten Kaufpreise und dem mittleren Marktpreise zur Zeit des Verkaufes. Im Falle des Verbrauchs ist der Preis zur Zeit des Verbrauchs zu ersetzen.[4] Daß der Verklagte auch für Ersatz der Früchte, die er arglistiger- oder schuldhafterweise zu ziehen versäumte, hafte, bestimmen allerdings ausdrücklich Gesetze bei uns nicht, jedoch versteht sich dies nach den allgemeinen Grundsätzen über die Haftung des Verklagten für Verschuldung von selbst.[5] Der wirklich unredliche Besitzer muß hingegen dem Kläger auch für zufällig zu Grunde gegangene Früchte und sogar für diejenigen, die der Kläger[6] hätte ziehen können, aufkommen und dies für die Zeit vor dem Proceßbeginne.

---

15) R.C.P.O. §§. 230. 253. 254. 460. 461, vgl. auch §. 633.

1) L. R. I, 7 §. 240. Vgl. auch A. G O. I, 7 §. 48.

2) Auch für die auf der Verkehrskonjunktur beruhende, also zufällige Werthminderung des eingeklagten Objektes haftet nur der eigentlich unredliche Verklagte.

3) Selbstverständlich ist stets der Abzug der wirthschaftlich aufgewendeten Kosten der Fruchtbestellung zulässig. — Der Vindikant der Sache hat niemals auf Früchte Anspruch, wenn das Nutzungsrecht derselben einem Dritten zusteht, da ihm in diesem Falle die Früchte auch nicht anfallen, wenn er im Besitz der Sache geblieben wäre. l. 33. l. 35 D. de R. V. 6, 1.

4) L. R. I, 7 §. 225 ff.

5) Cfr. §. 2 in fine J. de officio judicis 4, 17.

6) L. R. I, 7 §. 229. Der Kläger ist hier also nicht darauf beschränkt, den Fruchtbetrag zu liquidiren, welchen der Verklagte hätte ziehen können. — Savigny VI, S. 114 behauptet, „es sei die Voraussetzung verwerflich, als ob die Fruchtgewinnung von der besondern persönlichen Geschicklichkeit abhänge, die bald bei dem einen, bald bei dem andern Theile gefunden werde.“ Hieran ist soviel richtig, daß der Kläger der Regel nach am leichtesten seinen Schaden dadurch beweist, daß er feststellen läßt, was das Grundstück bei ordentlicher Bewirthschaftung hätte ertragen müssen. Allein

Digitized by Google

3. Des weiteren hat der Verklagte von der Klagebehändigung an Proceßzinsen und zwar nach dem landesüblichen Maße zu vergüten.[7] Der wirklich unredliche Verklagte hingegen soll nach der Bestimmung des Landrechts die höchsten gesetzlich erlaubten Zinsen herausgeben, ein Rechtssatz, welcher durch die spätere Aufhebung der Zinsbeschränkungen gegenstandslos geworden ist, so daß jetzt dem Kläger in solchem Falle nur freisteht, darzuthun, daß er bei rechtzeitiger Zahlung einen höheren Gewinn, als der landesübliche Zinsfuß darstellt, hätte machen können.[8]

Die Ansprüche, welche der Kläger dem Verklagten gegenüber durch die Proceßobligation erwarb, waren im römischen Rechte dadurch bedingt, daß der anhängig gemachte Proceß wirklich zum Siege geführt wurde;[9] die auf die Annahme eines unredlichen Besitzes begründete Steigerung der Verpflichtung der Verklagten wirkt hingegen bei uns auch dann, wenn der Proceß angebrachtermaßen abgewiesen, später aber wieder aufgenommen und siegreich durchgeführt wurde.[10]

§. 132. Fortsetzung. Litigiosität.[1]

Nach römischem Rechte durfte weder der Kläger noch der Verklagte eine mit der Eigenthumsklage eingeklagte Sache nach der Litiskontestation ver-

---

in den Fällen, in welchen er außerdem darthun kann, daß er nach seinen besonderen Verhältnissen mehr hätte profitiren können, ist ihm eben auch dieser Nachweis nicht verschlossen.

7) Es war dies kein im römischen Rechte allgemein geltender Satz, da namentlich die viel citirte Stelle lite contestata usurae currunt, l. 35 D. de usuris 22, 1 nichts Anderes besagte, als: trotz der Litiskontestation und der hierdurch bewirkten Novation laufen die Zinsen fort; vgl. Wächter Erört. III, S. 23 n. 30. gegen Savigny VI, §. 268. Indessen die gemeinrechtliche Praxis hatte die Proceßzinsen schon entschieden recipirt.

8) Vgl. L. R. I, 7 §. 232.

9) Vgl. Windscheid I, §. 124.

10) Vgl. L. R. I, 9 §. 607. Nach R.C.P.O. §. 243 Abs. 3 hat die Zurücknahme der Klage zur Folge, „daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist." Dieser Satz hat nicht bloß eine processualische, sondern auch eine materiell rechtliche Bedeutung, vgl. Koch und Struckmann zum §. 243. Seine Tragweite in letzterer Hinsicht ist jedoch für das preußische Recht fraglich. Wir nehmen insbesondre an, daß Verjährung und Ersitzung nach wie vor auch durch eine Klage, welche später zurückgenommen ist, unterbrochen wird. Denn die Unterbrechung beruht hier nicht in der Anhängigmachung der Klage, welche als nicht geschehen fingirt werden soll, sondern in der Thatsache der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs. Da nach preußischem Rechte eine bloße gerichtliche Protestation zur Unterbrechung genügt, so muß eine Klage, welche später zurückgenommen wird, gleiche Kraft haben.

1) A. G. O. I, 7 §. 48. Arndt bei Gruchot Bd. 22 S. 322. Vgl. für das gemeine Recht: Zimmermann Archiv für civilistische Praxis Bd. 35 S. 431 ff. Bd. 36 S. 49 ff. Bangerow I, §. 160. Anm. sub V und die dort citirten Schriftsteller. Inskünftige kommt R.C.P.O. §§. 236 – 238 zur Anwendung.

Digitized by Google

äußern; es war ferner dem Kläger die Veräußerung eines jeden streitigen Anspruchs von der Litiskontestation an verboten.[2] Diese Bestimmungen waren Verbotsgesetze von polizeilichem Charakter. Man suchte durch dieselben den Handel mit streitigen Ansprüchen und Besitzthümern aus dem Grunde zu beseitigen, weil er häufig Anlaß zur Beeinflussung der Richter durch gesellschaftlich hochstehende und vermögende Aufkäufer gab. Deshalb belegte man den Verkäufer einer streitigen Sache, sowie den Erwerber, wenn er von der Litigiosität im Momente des Erwerbes Kunde hatte, mit öffentlicher Strafe und erklärte Veräußerungen, die dem Verbote zuwiderliefen, der Art für nichtig, daß auch die Kontrahenten selbst, also Verkäufer und Käufer, die Macht hatten, das Geschäft, das sie mit einander geschlossen hatten, unter sich anzufechten.[3]

Nach preußischem Rechte ist hingegen die Veräußerung einer rechtshängigen Klage, so wie die Veräußerung einer mit der Eigenthumsklage eingeklagten Sache durch deren Besitzer auch nach der Insinuation der Klage gültig und rechtsbeständig. Der Proceßgegner hat jedoch folgende Rechte: Einmal kann derselbe von dem Veräußerer Ersatz jeden Schadens fordern, welchen er nachweisbarer Weise in Folge der Veräußerung erlitt. Es muß aber ferner der Erwerber eines rechtshängigen Anspruchs den Rechtsstreit in der Lage, in der sich derselbe befindet, fortführen[4] und umgekehrt muß, wer einen im Streite befangenen Gegenstand von dem Verklagten erhalten hat, sich demjenigen unterwerfen, was darüber in dem zwischen dem Kläger und jenem Vorbesitzer anhängigen Processe entschieden wird.[5] Bezeichnet man auch diese Wirkungen in Wissenschaft und Praxis als Folgen der Litigiosität, so sind doch die einzelnen Sätze der römischen Lehre, als auf verschiedener Grundlage ruhend, für uns nicht maßgebend. So bezog sich das römische

---

2) l. 2. l. 3. l. 4 C. de litigiosis 8, 37.

3) Windscheid I, §. 125 scheint jedoch für das römische Recht anzunehmen, daß der Kontrakt unter den Kontrahenten Geltung hatte.

4) Nach R. C. P. O. §. 236 ist der Rechtsnachfolger nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners den Proceß als Hauptpartei an Stelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen oder eine Hauptintervention zu erheben, während er als Nebenintervenient beitreten darf. Der Erwerber eines Grundstücks, für welches ein Recht klagweise in Anspruch genommen wird, kann jedoch in den anhängigen Proceß eintreten, R. C. P. O. §. 237. Analog läßt sich hiernach das Recht des Eintritts eines solchen Erwerbers in die vom Vorbesitzer angestrengten Klagen gegen Miether und Pächter rechtfertigen, Arndt a. a. O. S. 333.

5) L. R. I, 11 §. 383 ff. A. G. O. I, 24 §. 9. Reichscivilproceßordnung §. 236 Abs. 1 und 3. Die Rechtshängigkeit dauert auch nach rechtskräftigem Urtheil auf Herausgabe der Sache fort, so lange dasselbe nicht vollstreckt oder sonst erledigt ist. Gegen den Erwerber der Sache während Obschwebens der Exekution kann daher die Zwangsvollstreckung in Anspruch genommen werden. R. C. P. O. §. 665, vgl. Arndt a. a. O. S. 330.

Digitized by Google

Verbot der Veräußerung der streitigen Sache durch deren Besitzer nur auf den Fall der Anhängigmachung einer Eigenthumsklage. Der moderne Satz hingegen, daß der Erwerber einer rechtshängigen Sache das zwischen seinem Vorbesitzer und dem Proceßgegner abgegebene Erkenntniß sich gefallen lassen muß, erstreckt sich auf dingliche Klagen jeder Art.[6]

Die aus der Rechtshängigkeit abgeleitete Unterwerfung des Rechtsnachfolgers unter das gegen dessen Vorbesitzer gefällte Urtheil tritt, falls der Erwerb in gutem Glauben geschah, in Widerspruch mit den Begünstigungen, welche das moderne Recht der Redlichkeit zugesteht. In diesem Konflikt überwiegt die Rücksicht auf die Sicherung des bona fide Verkehrs. Der gutgläubige Erwerber hat daher die rechtshängige Sache nur gegen Erstattung des ausgelegten Kaufpreises herauszugeben, sein Recht wird ein unantastbares in allen Fällen, in welchen der gute Glaube das mangelnde Recht des Autors ersetzt; so namentlich, wenn auf Grund des Glaubens des Grundbuchs Rechte an einem Grundstück erworben werden.[7] Gegen die hieraus entspringenden Gefahren muß sich der Kläger durch Arrest und Sequestration und bei Immobilien durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuche zu sichern suchen.

Die Einleitung einer nothwendigen Subhastation über eine Sache ist eine Exekutionsmaßregel, welche weder einem Proceßbeginne gleichsteht, noch an sich Litigiosität bewirkt. Nach der Subhastationsordnung aber macht sie die Sache zu einer streitigen und bewirkt auch eine Beschlagnahme derselben und ihres Zubehörs zu Gunsten der Realberechtigten,[8] so daß der Subhastat, welcher gleichwohl deren bewegliche Pertinenzstücke der Subhastation entzieht, sogar öffentlichen Strafen unterliegt.[9]

2. Das Urtheil.

§. 133. Die Grundlagen des Erkenntnisses.

Die ursprüngliche Anlage des römischen Processes brachte es, wie oben gezeigt wurde,[1] mit sich, daß die Frage der Verurtheilung oder Freisprechung durch den Richter danach beantwortet wurde, ob das vom Kläger angesprochene Recht zur Zeit der Litiskontestation vorhanden gewesen war.[2] Doch

6) Präj. des O. Trib. n. 265.

7) So Entsch. des O. Trib. Bd. 30 S. 204 Präj. 2619, Bd. 35 S. 40. Dasselbe Princip stellt auf Reichscivilproceßordnung §. 238.

8) Subhastationsordnung §. 9. vgl. unten §. 329, §. 347 unter 2.

9) Strafgesetzbuch §. 137.

1) Vgl. oben §. 130 Anm. 4.

2) Vgl. R. Römer: das Erlöschen des klägerischen Rechts nach der Einleitung des Processes 1852, ferner der Recensionen von Bekker und Dernburg Heidelberger

Digitized by Google

hielt man im Laufe der Entwicklung an diesem Rechtssatze nicht unbedingt fest, da man vielmehr im späteren römischen Rechte in immer höherem Maße den Rechtszustand zur Zeit der Urtheilsfällung berücksichtigte.[3]

Heutzutage bemißt sich aber die Verurtheilung oder Freisprechung schlechthin danach, ob nach dem im Processe beigebrachten und vom Richter zu beurtheilenden Materiale ein Recht des Klägers gegenüber dem Verklagten im Augenblicke der Urtheilsfällung existirt, da der Richter bei uns nicht über die Richtigkeit der Klagbehauptung, sondern über das verhandelte Recht selbst zu Gericht sitzt.[4] Daher ist unter Anderm auch dann zu verurtheilen, wenn die Einrede der verfrühten Klage bei ihrem Vorschützen begründet war, wenn sie aber die Fälligkeit des klägerischen Rechtes nicht für jene Zeit in Abrede stellt, welche in Folge der Verzögerung der Verhandlung im Augenblicke der Urtheilsfällung bereits herbeigekommen ist. Auch in diesem Falle werden die Kosten des Processes dem verurtheilten Verklagten zur Last gelegt, wenn er die Zahlung nicht zur Verfallzeit geleistet hat.

---

krit. Zeitschrift I, S. 253 ff. Letztere Recension hebt zwar beachtenswerthe Gesichtspunkte hervor, würdigt aber die historischen Ausgangspunkte des römischen Rechts zu wenig.

3) Im ältesten römischen Rechte lag zeitlich der Moment der Litiskontestation und der des Richterspruchs so nahe bei einander, daß Veränderungen in der Zwischenzeit nicht eben häufig waren und nicht in Betracht gezogen wurden. Als dergleichen häufiger vorkam, wich man in doppelter Weise vom alten Rechtssatze ab. 1) Man hielt es in einer Reihe von Fällen nicht mehr für genügend, daß das klägerische Recht im Moment der Litiskontestation bestanden hatte, während es zur Zeit des Urtheils weggefallen war. So namentlich bei den sogenannten arbitrariae actiones, dann bei den actiones bonae fidei. Am sprödesten verhielten sich natürlich die stricti juris actiones gegen die neuere Auffassung. Noch in der klassischen Kaiserzeit war es bekanntlich Schulstreit zwischen den in diesem Punkte mehr am Alten hängenden Prokulejanern und den hier mehr fortschrittlichen Sabinianern, ob der Verklagte, wenn er dem Kläger nach der Litiskontestation, aber vor dem Urtheil bezahlte, bei diesen Klagen zu absolviren oder zu kondemniren sei, Gaj. IV, §. 114; vgl. hierüber auch Dernburg a. a. O. 2) Allmählich machte sich umgekehrt die Tendenz geltend, den Verklagten zu verurtheilen, wenn die Voraussetzungen der Verurtheilung zwar nicht im Momente der Litiskontestation, wohl aber der Urtheilsfällung vorhanden waren. Bei den actiones arbitrariae unterschied man folgendermaßen: Das in der intentio nicht Bezeichnete müsse zur Zeit der Litiskontestation vorhanden sein, das in der intentio Bezeichnete zur Zeit des Urtheils. So mit Recht Windscheid I, §. 128 Anm. 5. Daher hielt man es namentlich bei dinglichen und Exhibitionsklagen zur Verurtheilung für genügend, wenn der Besitz des Verklagten im Moment des Urtheils eingetreten war, l. 27 §. 1. D. de R. V. 6, 1. l. 7 §. 4 und ff. D. ad exhib. 10, 4. Vgl. l. 30 pr. D. de peculio 15, 1. Weiter ging man aber bei den bonae fidei judicia. Hier genügte schlechthin die Existenz einer Verpflichtung des Verklagten zur Zeit des Urtheils, um zu kondemniren. l. 17 D. mandati 17, 1. l. 9 §. 5 D. de pign. a. 13, 7. Dernburg Pfandrecht I, S. 158.

4) Die gewöhnliche Behauptung, es sei zu unterscheiden zwischen rechtlichen und faktischen Bedingungen der Kondemnation, welche sich darauf stützt, daß der Besitz des Verklagten nach den Entscheidungen der römischen Juristen nur im Momente des Urtheils vorhanden sein mußte, ist haltlos. Vgl. gegen diese namentlich auch von Savigny Bd. 6 S. 73 ff. vertretene Auffassung: Dernburg Pfandr. I, S. 158. Richtig auch Unger II, §. 131 Anm. 1.

Digitized by Google

Eine rein processualische Frage, welche jedoch mit der besprochenen auf das innigste zusammenhängt, ist die, inwieweit der Richter noch nach der Litiskontestation vom Kläger angeführte Thatsachen, seien sie nun neueren oder älteren Datums, in diesem Processe noch zu berücksichtigen hat. Es kann dies nicht darnach entschieden werden, ob die wesentliche Grundlage des Anspruchs oder ob ein sonstiger zu dessen Begründung erforderlicher Umstand hinterher zur Sprache gebracht wird,[5] da diese Unterscheidung bodenlos ist. Nicht innere Merkmale, sondern processualische Rücksichten müssen hierüber entscheiden, so daß neue Thatsachen dann noch vorgebracht werden können, wenn keine Proceßverwirrung[6] oder Verkürzung der Vertheidigung des Verklagten zu befürchten steht. Demgemäß ist es den Parteien gestattet, noch während des ganzen Laufes der ersten Instanz neue Thatsachen anzuführen, welche dasselbe Hauptfaktum oder Geschäft, worauf sich die Klage gründet, betreffen oder damit in Beziehung stehen. Natürlich ist aber dem Gegentheil stets Gelegenheit zu geben, sich über diese neuen Thatsachen zu erklären.[7] [8]

§. 134. Die Rechtskraft des Urtheils. Datum der Rechtskraft.

Damit ein Erkenntniß die Eigenschaft der Rechtskraft erlangen könne, muß es nach Eröffnung einer zweiseitigen Verhandlung zwischen den Parteien über deren streitige Ansprüche endgültig gefällt sein.

---

5) So Windscheid Pand. I, §. 128 sub 5, indem er den rein historischen römischen Satz, wonach zwischen dem in der intentio Enthaltenen und nicht in ihr Enthaltenen unterschieden wurde, in dieser Gestalt für das heutige Recht verwendbar machen will.

6) Eine Klagenänderung, die zur Proceßverwirrung führen würde, kann begreiflich der Richter in Folge der ihm zustehenden Proceßleitung auch von Amtswegen zurückweisen, wenn selbst der Verklagte ihr nicht entgegentreten sollte.

7) A. G. O. I, 5 §. 21. I, 10 §. 5[a]. Durch den allgemeinen Ausspruch der Instruktion vom 24. Juli 1833 §. 29: „der Kläger darf sein Klagfundament nicht ändern, der Verklagte in dieser Instanz keine neuen Einreden vorbringen," sind wohl die detaillirteren und zweckmäßigen Bestimmungen der Gerichtsordnung I, 10 §. 5[a] nicht beseitigt, die wörtlich übereinstimmend schließen: „auf eine Veränderung des Klagegrundes selbst kann diese Befugniß nicht ausgedehnt werden." Jedoch nehmen Viele eine Derogation der Gerichtsordnung durch jene Instruktion an. Ueber Aenderung des Petitums siehe oben §. 126 Anm. 7. — Im gemeinen Processe ist zwar die herrschende Meinung dafür, daß eine Klagenänderung nach der Litiskontestation nur dann möglich sei, wenn sie keinerlei neue Vertheidigung möglich mache. Vgl. Bayer Abh. über Aenderung des Klaglibells, Landshut 1819. Renaud Civilproceß §. 74 Anm. 11. Die Richtung neuerer Processualisten geht jedoch gegen diese, jedenfalls unzweckmäßige Strenge.

8) Nach R. C. P. O. §. 235 unter 3. darf Kläger zwar ohne Einwilligung des Beklagten die Klage nicht nach ihrer Erhebung im Wesentlichen ändern, allein nach §. 240 ist gleichwohl ein weiter Spielraum für Modifikationen gelassen, vgl. auch §. 251.

Digitized by Google

Dagegen entbehren in nicht streitigen Sachen, insbesondere auf einseitiges Vorbringen einer Partei abgegebene richterliche Bescheide der Rechtskraft, so daß z. B. Verfügungen in Hypotheken- und Vormundschaftssachen in Folge später gewonnener besserer Einsicht von dem erkennenden Richter selbst wieder abgeändert werden können, wenn nicht Dritte auf Grund derselben Rechte erworben haben, was z. B. in Folge einer hypothekarischen Eintragung oder der Genehmigung eines Geschäfts durch den Vormundschaftsrichter der Fall sein kann. Ebensowenig werden rechtskräftig diejenigen Verfügungen, welche sich nicht unmittelbar auf die Parteiansprüche, sondern nur auf die Proceßleitung beziehen, z. B. Abweisung der Klage wegen Inkompetenz des Richters. Endlich aber treten der Rechtskraft entgegen alle diejenigen Rechtsmittel, welche an ein von der Verkündung oder der Zustellung des Urtheils an laufendes Fatale — Nothfrist — gebunden sind und eine Fortsetzung des Processes vermitteln, da Litispendenz und Rechtskraft sich ausschließende Begriffe sind.[1] [2] Die Rechtskraft wird dagegen nicht dadurch gehindert, daß eine Wiederaufnahme des Verfahrens durch Nullitätsklage wegen Nichtigkeit oder durch Restitutionsklage möglich ist.[3]

Der Moment des Eintritts der Rechtskraft ist in mehreren Beziehungen zweifelhaft. Dennoch ist dessen genaue Bestimmung häufig von praktischer Wichtigkeit. So laufen zum Beispiel in einer Reihe von Fällen Zinsen erst vom Momente des rechtskräftigen Urtheils an; es unterscheidet unter Anderm das Datum des rechtskräftigen Scheidungsurtheils über die Legitimität des nachgebornen Kindes der geschiedenen Ehefrau.

1. Es ist nun vor Allem bestritten, ob die Rechtskraft bereits von der Publikation des Enderkenntnisses oder von dessen Insinuation an zu rechnen ist. Nach der allgemeinen Gerichtsordnung nämlich erfolgte die Verkündigung des Urtheils regelmäßig mittelst mündlicher Publikation an der Gerichtsstelle, so zwar, daß die Parteien, die keinen Justizkommissar zur Ver-

---

1) So auch Einführungsgesetz zur R. C. P. O. §. 19. R. C. P. O. §. 646 Abs. 2.

2) Nach dem jetzigen preußischen Proceß gehören hierher Appellation, Revision, Nichtigkeitsbeschwerde auf Grund des Gesetzes vom 14. December 1833 §. 4 u. Rekurs nach dem Gesetz vom 20. März 1854 §. 5 ff.; nach der R. C. P. O. die Berufung, §§. 472. 474. 477, die Revision R. C. P. O. §. 507, endlich der Einspruch gegen Versäumnißurtheile R. C. P. O. §. 304.

3) Von diesen Klagen handelt der sechszehnte Titel der A. G. O. Inskünftige ist das vierte Buch der Reichscivilproceßordnung maßgebend §. 541 ff., welcher gleicherweise die Nichtigkeitsklage wegen unheilbarer Nichtigkeit und die Restitutionsklage zusammen behandelt. — Die Fälle, in welchen das Urtheil durch ein Delikt — falsche Urkunden, bestochne Zeugen u. s. f. — hervorgerufen war, bildeten nach der A. G. O. Nichtigkeitsgründe, während sie nach der R. C. P. O. eine Restitutionsklage begründen. Vgl. übrigens auch Einführungsgesetz zur R. C. P. O. §. 20.

Digitized by Google

tung hatten, hierzu zu laden waren, die Justizkommissarien aber sich unaufgefordert in den zur Publikation bestimmten Stunden an der Gerichtsstätte einzufinden hatten.[4] Dagegen ist in den neueren preußischen Proceßgesetzen für die Regel die Insinuation der Erkenntnisse binnen acht Tagen nach Abfassung oder Publikation derselben an die Parteien selbst oder an deren ausdrücklich hierzu bevollmächtigte Vertreter vorgeschrieben, und es laufen die Rechtsmittel erst mit der Insinuation des Erkenntnisses.[5] Angesehene Schriftsteller nehmen nun an, daß trotz dieser processualischen Neuerung die Rechtskraft immer noch von der Publikation an datire, weil das Urtheil schon jetzt unabänderlich werde.[6] Die richtige Ansicht geht hingegen dahin, daß der Zeitpunkt der Insinuation entscheidet, da sie erst das Urtheil vollendet.[7] Ebenso verhält es sich nach der Reichscivilproceßordnung.[8]

2. Weitere Fragen sind folgende: Datirt dann, wenn ein Erkenntniß durch Appellation angegriffen, aber oberinstanzlich bestätigt wurde, die Rechtskraft von dem Moment des Erlasses des Erkenntnisses in der frühern oder in der spätern Instanz? Nicht wenige nehmen an, der Beginn der Rechtskraft müsse hier zurückgezogen werden auf den Zeitpunkt des Erlasses des bestätigten Erkenntnisses, weil das konfirmatorische Urtheil den Zweck habe, den vorinstanzlichen Entscheid bei Kräften zu erhalten. Die entgegengesetzte Ansicht ist aber die richtige; denn es ist in der That erst das oberinstanzliche Urtheil, welches den Rechtsstreit abschließt. Diese Ansicht hat die Autorität des römischen Rechts für sich,[9] während die preußischen Rechtsquellen und die R. C. P. O. sich wenigstens nicht im gegnerischen Sinne erklären.[10] Auch würde die entgegen-

---

4) A. G. O. I, 13 §. 44 ff.

5) Verordnung vom 1. Juni 1833 §. 37. Verordnung vom 5. Mai 1838 wegen Einführung eines gleichmäßigen Verfahrens bei der Insinuation richterlicher Erkenntnisse §§. 1. 4. 5.

6) So Koch Kommentar zu L. R. II, 1 §. 731. Förster I, §. 55 Anm. 10.

7) So mit Recht das Obertribunal Präj. 2354. Entsch. Bd. 22 S. 367. Geschieht die Insinuation an die Parteien zu verschiedenen Zeiten, so wird man die Insinuation an den Verklagten als für ihn maßgebend anzusehen haben.

8) Nach der R. C. P. O. ist bei Endurtheilen neben der Verkündung §§. 282. 283 die Zustellung vorgeschrieben für den Beginn des Laufs der Nothfristen §§. 304. 477. 478. 514. 540 und für die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung §. 671 Abs. 1. Die Rechtskraft wird daher auch hier von der Zustellung an zu datiren sein.

9) Vgl. über diese Fragen l. 6 §. 1 D. de his, qui not. infamia 3, 2. Sed si furti vel aliis famosis actionibus quis condemnatus provocavit, pendente judicio nondum inter famosos habetur: si autem omnia tempora provocationis lapsa sunt, retro infamis est: quamvis si injusta appellatio ejus visa sit, hodie notari puto, non retro notatur. l. 1 §. 14 D. ad S. C. Turpillianum 48, 16: provocationis remedio condemnationis exstinguitur pronuntiatio. l. 2 C. de usuris rei judicatae 7, 54.

10) L. R. II, 1 §§. 770. 771 bestimmen zwar abweichend: „Hat der schuldige Theil die Rechtskraft des Urtheils durch ungegründete Rechtsmittel aufgehalten, so kann er

Digitized by Google

gesetzte Auffassung praktisch in mancher Hinsicht zu verkehrten Konsequenzen führen: so wenn die Legitimität des von der geschiedenen Frau geborenen Kindes sich nach dem später bestätigten erstinstanzlichen Scheidungsurtheil bemessen sollte, während die Eheleute bis zum bestätigenden Urtheil noch zusammenleben mußten. Dagegen im Falle der Einlegung einer Nichtigkeitsbeschwerde oder des Rekurses gilt das Erkenntniß, dessen Anfechtung abgewiesen wird, als von Anfang an rechtskräftig.[11]

3) Wie aber, wenn ein Rechtsmittel gegen ein Urtheil zwar noch möglich war, aber nicht eingelegt wurde? Tritt hier die Rechtskraft erst mit dem Ablauf der Frist für die Einlegung des Rechtsmittels oder einer etwaigen frühern Entsagung auf dasselbe ein? Wie nach römischem Rechte[12] ist vielmehr anzunehmen, daß hier die Rechtskraft bereits von der Ausfällung des Urtheils an datire. Denn damals erging bereits der definitive Entscheid; die bloße nicht benutzte Möglichkeit, sich demselben entgegenzustellen, kann nicht in Betracht kommen.[13] Ist aber das Rechtsmittel eingelegt worden und wurde nur später fallen gelassen, so datirt die Rechtskraft mit der Präsentation der Entsagungserklärung, welche den Streit endgültig schließt.[14]

§. 135. Die Judikatsobligation.[1]

Das verurtheilende rechtskräftige Erkenntniß hat bloß in seltneren Fällen, z. B. in Ehescheidungssachen, sowie bei Interdiktionen den Zweck, einen neuen Zustand zu begründen. Der Regel nach soll es vielmehr nur die bisher bestrittene Berechtigung des Klägers durch richterliche Anerkennung

---

daraus keinen Vortheil ziehen. Es wird also der Zeitpunkt der Scheidung, soweit es ihm nachtheilig ist, auf den Tag des in den folgenden Instanzen bestätigten ersten Scheidungsurtheils zurückgerechnet." Doch hierin liegt offenbar eine Ausnahme, welche das entgegengesetzte Princip im Allgemeinen anerkennt.

11) Die Proceßnovelle für die gemeinrechtlichen Bezirke vom 21. Juli 1849 §. 61 bestimmte hiernach, daß bei Verwerfung der Nichtigkeitsbeschwerde der Tag der Insinuation des angefochtenen Erkenntnisses als der Tag der Rechtskraft anzusehen sei. Das Gleiche verfügte im Gebiete des allgemeinen Landrechts für den Rekurs im Bagatellproceß das Gesetz vom 20. März 1854 §. 12. Für die Revision der R. C. P. O. gelten dieselben Grundsätze.

12) Siehe die oben Anm. 9 angezogene l. 6 §. 1. D. de his qui not. infamia 3, 2.

13) So auch Präjudiz des Obertribunals 2354: Bei der Frage, ob ein von einer separirten Ehefrau gebornes Kind für ein eheliches oder uneheliches zu erachten sei, ist nicht der Tag, mit welchem die Frist zur Appellation für die geschiedene Ehefrau abgelaufen sein würde, sondern schon derjenige Tag für den Tag des rechtskräftigen Urtheils anzusehen, an welchem ihr das Scheidungsurtheil, gegen welches sie kein Rechtsmittel erhoben hat, insinuirt ist. Dagegen Koch zu L. R. II, 2 §. 40. Oehlschläger bei Gruchot Bd. 6 S. 373 ff. und Andere.

14) Archiv für Rechtsfälle Bd. 48 S. 233.

1) Vgl. Unger II, §. 133.

Digitized by Google

klar stellen. Die Urtheilsobligation hat demgemäß jene Zweiseitigkeit,[2] welche überhaupt dem Anerkenntnisse innewohnt.[3]

Von der einen Seite betrachtet gilt nämlich die Urtheilsobligation als die alte Berechtigung, die nur durch den Richterspruch Liquidität erlangt hat. Demgemäß kleben ihr die Vorzüge der ursprünglichen Berechtigung an, es knüpfen sich z. B. an sie die Zinsverpflichtungen, die der eingeklagten Berechtigung eigen waren; das Pfandrecht ferner, welches jene Forderung deckte, kommt auch der Urtheilsobligation zu Gute, insofern der Verurtheilte selbst der Pfandschuldner ist. Andererseits ist die Existenz der Urtheilsschuld unabhängig von der Frage des Bestehens der zu Grunde liegenden Forderung. Die Urtheilsschuld hat außerdem Eigenschaften, welche jene entbehrte. Sie ist z. B. in einer Reihe von Fällen verzinslich,[4] wo diese unverzinslich war. Auch ist sie der Unvererblichkeit und der kurzen Verjährbarkeit des ursprünglichen Anspruchs nicht unterworfen.[5]

Insbesondere ist der rechtskräftige Judikatsanspruch exekutionsfähig. Und zwar tritt die Vollstreckbarkeit unmittelbar mit der Rechtskraft des Urtheils ein, falls sie nicht durch das Urtheil von einer Frist oder von dem Eintritt einer Thatsache abhängig gemacht ist.[6] Wenn jedoch von dem Zeitpunkte an, mit welchem die Urtheilsschuld beigetrieben werden konnte, ein Jahr verstrichen ist, ohne daß die Exekution nachgesucht wurde, so erlischt die Vollstreckbarkeit durch eine Art von Verjährung, und es ist daher zuvörderst aus dem Urtheil auf Anerkennung der Urtheilsschuld zu klagen. Unver-

---

2) Siehe oben §. 81. cfr. l. 8, §. 4. D. si serv. vind. 8, 5... per sententiam non debet servitus constitui, sed, quae est, declarari.

3) Das römische Recht, in welchem der Begriff der Anerkennung nicht zur vollen Ausbildung gelangte, sah in der Begründung der Judikatsobligation eine Novation, Gaj. Inst. III, §. 180. l. 3. C. de usuris rei judicatae 7, 54. Vgl. oben §. 130 Anm. 3. Allein daß man mit dieser Auffassung nicht auskomme, hat wesentlich Paulus anerkannt l. 29. D. de novat. 46, 2, aliam causam esse novationis voluntariae, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis.. si post divortium dos in stipulationem deducatur.. quod nemo dixit lite contestata, neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt. l. 86. l. 87. D. de R. J. 50, 17.

4) So laufen von Zinsenrückständen nach der Rechtskraft des Urtheils Zögerungszinsen L. R. I, 11 §. 821 — anders l. 3. C. de usuris 7, 54 — ferner sind solche bei Schenkungen von der rechtskräftigen Verurtheilung an nach L. R. I, 11 §§. 1079—1081 zu entrichten u. s. f.

5) Daß bei uns — abweichend vom römischen Rechte — auch nach Erlangung eines günstigen Urtheils aus dem alten Fundamente geklagt werden kann, darüber siehe unten §. 137 Anm. 12.

6) Das römische Recht kannte eine gesetzliche Frist, das sogenannte tempus judicati, innerhalb deren die Exekution ruhte, in alter Zeit von dreißig Tagen, im justinianischen Rechte gar von vier Monaten, l. 1—3. C. de usur. rei jud. 7, 54. Schon die gemeinrechtliche Praxis erkennt dies nicht an.

Digitized by Google

jährbar ist hingegen die Vollstreckbarkeit einer Verurtheilung zu einer Unterlassung.[7] Die einjährige Verjährung der Vollstreckbarkeit wird unterbrochen durch Fristbewilligung und jeden Exekutionsantrag. Sie ruht, wenn die nachgesuchte Exekution wegen Mangels eines Objekts, oder weil der Schuldner latitirt, vergeblich war, oder, wenn sie nachweisbar erfolglos gewesen wäre bis zur Beseitigung des Hindernisses. Jedoch läuft in diesen Fällen längstens eine fünfjährige Frist für die Vollstreckbarkeit von der Rechtskraft des Urtheils an.[8] Die Reichscivilproceßordnung beseitigt für die Zukunft die Verjährung der Vollstreckbarkeit.

§. 136. Die exceptio rei judicatae des römischen Rechts.[1]

Das einmal gefällte rechtskräftige Erkenntniß hat nicht nur die Wirkung, daß es den anhängigen Proceß durch die Verurtheilung oder die Freisprechung des Verklagten schließt; es ist außerdem von bestimmendem Einflusse auf spätere sich aus dem abgeurtheilten Fundamente auf's neue erhebende Streitigkeiten.

Diesen Einfluß vermittelte den Römern insbesondere die exceptio rei judicatae, deren Darstellung zu besserm Verständniß unseres Rechts hier nicht zu umgehen ist, wenn dieses auch auf wesentlich verschiedenen Grundsätzen beruht. Das Ziel der römischen exceptio rei judicatae war nämlich, der Wiederholung des Processes über eine einmal abgeurtheilte Sache entgegenzutreten.[2] Und zwar galt dieses an sich ohne Rücksicht darauf, ob das frühere Urtheil dem jetzigen Kläger günstig oder ungünstig war und welches der Grund der etwaigen früheren Freisprechung war. Diese Konsumtion war im alten römischen Rechte gerade dann nothwendig gewesen, wenn das frühere Urtheil zu Gunsten des Klägers kondemnatorisch gelautet hatte, damit nicht durch die etwaige Multiplikation der Verurtheilung mehrfache Judikate aus demselben Schuldfundamente entstünden, die den Zwang zu mehrfacher Zahlung wegen derselben Schuld herbeigeführt hätten;[3] die Konsumtion

7) A. G. O. I, 24 §. 3.

8) Anh. zur A. G. O. §. 148 zu I, 24 §. 3 verbunden mit Anh. §. 195 zu A. G. O. I, 28 §. 14. Entsch. des Obertrib. Bd. 41 S. 439.

1) Tit. Dig. de exceptione rei judicatae 44, 2. Keller Litiskontestation und Urtheil 1827. Savigny Bd. 6 §§. 280—301. Wächter Erört. III. Bekker processualische Konsumtion 1853. Windscheid die actio §§. 10—14. Krüger processualische Konsumtion 1864.

2) Man spricht hier von der exceptio rei judicatae in ihrer „negativen Funktion." Von der Ansicht ausgehend, daß die exceptio rei judicatae im späteren römischen Rechte noch die zweite Aufgabe gehabt habe, den Inhalt eines früheren Erkenntnisses zur Geltung zu bringen, schreibt man ihr gemeiniglich noch eine zweite, die sogenannte „positive Funktion" zu. Vgl. unten Anm. 11.

3) Oben §. 130 Anm. 3. Vgl. R. C. P. O. §. 669.

Digitized by Google

erschien aber auch als nützlich und billig, wenn die frühere Sentenz eine absolutorische gewesen war, da der Verklagte dem processualischen Kampfe, den er einmal glücklich bestanden hatte, nicht zum zweitenmale ausgesetzt werden sollte.

Die Frage nun, ob die jetzt eingeklagte Sache mit der früher eingeklagten identisch sei, suchte man nach folgenden Kriterien zu lösen:

a) Bei dinglichen Klagen nahm man Identität an, wenn zum zweitenmal dasselbe Objekt eingeklagt wurde, wie früher. Doch galt der Theil im Ganzen begriffen, so daß er nicht mehr einklagbar war, wenn einmal über das Ganze abgeurtheilt war.[4]

b) Bei persönlichen Klagen forderte man außer der Gleichheit des Objekts, daß Identität des Schuldgrundes vorlag, indem z. B. die Forderung aus einer Stipulation über den Sklaven Stichus als etwas Anderes angesehen wurde, als der Anspruch auf denselben Sklaven aus einem Vermächtnisse.[5]

Ob solche Identität der Rechtssachen vorliege, ergab sich ursprünglich vorzugsweise aus der Gleichheit der intentio der Klagformel. Die Formel war ja im Formularproceß das einzig wesentliche Schriftstück, schon um deswillen also die unschätzbarste Urkunde zur späteren Bestimmung der Frage der Identität der Rechtssachen.

Doch mit jenen einfachen Grundsätzen konnte das römische Recht auf die Dauer nicht auskommen; vielmehr tauchten im Laufe der Entwicklung vielfach Fälle auf, in denen die Frage der Identität der Rechtssachen sich doch erst in Folge einer eingehenden Prüfung des Inhalts der früheren Verhandlung bestimmen ließ. Diese Feststellung war aber in der Kaiserzeit dadurch ermöglicht worden, daß es immer mehr Regel wurde, den Gang der Verhandlung vor dem Richter in kurzen Protokollen aufzuzeichnen. Insbesondere konnte man nicht umhin, auf den Inhalt der frühern Verhandlung dann einzugehen, wenn angeblich, wie dies im entwickelten Rechte leicht vorkommen konnte, Dasselbe, was früher mit der einen Klage, z. B. einer actio mandati, gefordert worden war, jetzt mit einer anderen Klage, z. B. einer condictio, eingeklagt wurde.[6] Ferner ergab es sich als nothwendig, die exceptio rei judicatae auch dann zuzugestehen, wenn über den Seitens des jetzigen Klägers geltend gemachten Anspruch in einem frühern

4) l. 14 §. 2. D. de except. rei judicatae 44, 2. l. 7. D. eod.

5) l. 27 pr. D. exceptione rei judicatae 44, 2: haec spectanda sunt... causa proxima actionis, nec jam interest qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset.

6) Vgl. l. 5. l. 7 §. 4. de exceptione rei judicatae 44, 2. l. 28 §. 4. D. de jurej. 12, 2.

Digitized by Google

Processe bereits bei Gelegenheit seiner Vertheidigung abgeurtheilt war, was sich wiederum häufig nur durch eine Prüfung des Inhalts der früheren Verhandlung feststellen ließ.[7] Da man ferner annahm, daß dann, wenn das jetzt eingeklagte Recht erst nach dem früheren Urtheil entstanden sei, Identität der Rechtssachen nicht vorliege, so entschied man sich für das Nichtzutreffen der exceptio rei judicatae auch im Falle, wenn der im früheren Processe wegen Mangels des Besitzes freigesprochene dinglich Verklagte später den Besitz erworben hatte.[8] Die Ermittelung der Frage aber, ob die frühere Freisprechung des Verklagten hierauf gegründet war, forderte ein genaues Eingehen auf den Inhalt des Vorprocesses.

Nachdem man dergestalt auf den Inhalt des früheren Processes zurückging, um die Identität der Rechtssachen festzustellen, so kam es auch wohl vor, daß man mit Rücksicht auf diesen Inhalt Härten und Schroffheiten, die aus dem Konsumtionsprincipe folgten, durch restitutio in integrum oder replicatio rei judicatae milderte.[9] Man gab ferner unter Umständen dem früheren absolutorischen Urtheile eine größere Tragweite, als dem kondemnatorischen.[10] Alles dieses stellt sich jedoch im römischen Rechte nur dar als Verfeinerung einerseits, als auf Billigkeit beruhende Modifikation andererseits des alten Konsumtionsprincips. Dagegen hat das römische Recht niemals den Grundsatz schlechthin als bestimmend aufgestellt, daß der konkrete Inhalt des früheren Entscheides in späteren Processen maßgebend sein solle. Noch weniger ist es richtig, daß, wie man dies behauptet hat, dieses neue Princip das ältere im römischen Rechte verdrängt habe.[11]

§. 137. Die Rechtskraft im modernen Recht.[1]

Der moderne Proceß hat zur Bestimmung der Rechtskraft des Urtheils neue Grundlagen geschaffen. Eine schriftliche Klage präcisirt das thatsäch-

---

7) l. 30 §. 1. l. 15. D. h. t. 44, 2. l. 40 §. 2. D. de procur. 3, 3. l. 7 §. 1. D. de compensat. 16, 2. l. 8 §. 2. D. de neg. gest. 3, 5. — l. 19. D. de except. rei judicatae 44, 2.

8) l. 11 §. 4. l. 25 pr. l. 21 §. 3. l. 14 §. 1. D. h. t. 44, 2. l. 9 pr. l. 17. D. h. t. 44, 2. l. 8 pr. D. ratam rem habere 46, 8.

9) l. 9 §. 1. D. h. t. 44, 2. l. 16 §. 5. D. de pign. 20, 1. l. 11 pr. D. h. t. und an anderen Orten.

10) Man nahm namentlich an, daß dann, wenn der in dem frühern Urtheil zurückgewiesene Anspruch eine nothwendige Voraussetzung des jetzt vorgebrachten bilde, mittelbar auch der letztere zurückgewiesen sei. l. 25 §. 8. D. fam. erc. 10, 2. l. 26 pr. §. 1. D. h. t. Dernburg Heidelberger krit. Zeitschrift II, S. 325 ff. Windscheid I, §. 130 Anm. 16.

11) Keller Litiskontestation §. 28 ff. Savigny Bd. 6 S. 260 ff. Windscheid I. §. 130 Anm. 23. Krüger S. 136 ff. Dagegen namentlich Bekker processualische Konsumtion S. 13 ff. S. 132 ff. Dernburg Heidelberger kritische Zeitschrift II. S. 347. Brinz Pandekten §. 96 ff.

1) Von Abhandlungen des preußischen Rechts vgl. Förster über §. 38 der A. G. O. I, 10, in Ulrichs Archiv Bd. 16 S. 370 ff., derselbe bei Gruchot

Digitized by Google

liche Fundament, auf welches der Kläger seine Ansprüche stützt, auf gleiche Art werden die weiteren Vorbringen der Proceßparteien substantiirt.[2] Die Endsentenz selbst begnügt sich nicht damit, wie dies in Rom nicht selten geschah, die Verurtheilung oder die Freisprechung des Verklagten einfach auszusprechen; vielmehr wird das Vorbringen der Parteien in thatsächlicher, wie in rechtlicher Beziehung einer eingehenden Prüfung unterzogen. Und zwar zerfällt das Urtheil in zwei äußerlich gesonderte Theile. Es besteht einmal aus der sogenannten Urtheilsformel oder dem Tenor, welcher dasjenige Resultat der richterlichen Entscheidung enthält, das unmittelbar praktisch werden soll, und aus den sogenannten Entscheidungsgründen, in welchen die Beurtheilung des Parteivorbringens im Einzelnen niedergelegt ist.[3]

Ausgerüstet mit diesen Schriftstücken, welche die Frage, über die im früheren Processe gestritten und entschieden wurde, in das hellste Licht setzen, wurde es dem modernen Rechte möglich, den Grundsatz aufzustellen und praktisch zu machen, daß der Inhalt der früheren Entscheidung maßgebend sein solle in den Fällen, in welchen dieselben Fragen vor den Richter kommen, über welche bereits früher geurtheilt ist. Der Umfang der Rechtskraft ergiebt sich daher aus der Interpretation des früheren Erkenntnisses, welches, wie andere rechtlich relevante Urkunden, nach seinem Sinne, nicht nach dem Wortlaute auszulegen ist. Es kann hierbei das gesammte Material der Vorakten zur Aufklärung benutzt werden. Als abgeurtheilt gilt aber nicht bloß, was sich im Tenor des Erkenntnisses entschieden findet, sondern Alles, worüber nach den stattgehabten Verhandlungen Entscheidung begehrt und gefällt ist, mag sich solches Erkenntniß auch in dem als Entscheidungsgründe betitelten Theile der Urtheilsurkunde finden. Dem tritt die Bestimmung der Gerichtsordnung nicht entgegen, wonach bloße Entscheidungsgründe niemals die Kraft eines Urtheils haben sollen; denn hierdurch sollte nicht etwa denjenigen Entscheidungen die Kraft eines Urtheils abgesprochen werden, die sich in dem als Gründe bezeichneten Theile des Erkenntnisses aufgenom-

---

Beiträge 2 S. 343 ff., vgl. ferner Gruchot Beiträge Bd. 6 S. 315 ff. Fr. Gerstein Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache. Gruchot Bd. 8 S. 543 ff.

2) Es ist daher eine Verletzung wesentlicher Proceßvorschriften und Grund zur Nichtigkeitsbeschwerde — nach der Verordnung vom 14. December 1833 über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde §. 5 sub 10 —, wenn der Richter gar keine Entscheidungsgründe angegeben hat. Nach R. C. P. O. §. 513 unter 7 begründet dies die Revision. Es bestimmt ferner das Gesetz vom 20. März 1854 § 1: Die Erkenntnisse erster Instanz müssen eine Darstellung des Sachverhältnisses, wie sich dasselbe nach Lage der stattgehabten Verhandlungen entwickelt hat und eine vollständige Ausführung der Entscheidungsgründe enthalten. So auch R. C. P. O. §. 284 unter 2 und 3.

3) Die R. C. P. O. kennt trotz mündlichen Verfahrens vorbereitende Schriftsätze und Protokollirung.

Digitized by Google

men finden, vielmehr nur davor gewarnt werden, etwas als rechtskräftig Entschiedenes anzusehen, was sachlich nur Motiv einer Entscheidung ist.[4] Die Reichscivilproceßordnung spricht sich über die Frage nicht aus und läßt die richtige Lösung derselben unbehindert.[5]

Nach diesen Grundsätzen gestaltet sich nun die Rechtskraft folgendergestalt:

1. Es genügt nicht, wie in Rom, zur Einrede des rechtskräftigen Urtheils, daß das Objekt der Klage und der Schuldgrund derselbe sei wie in einem früheren Processe. Vielmehr tritt jene Einrede bei uns nur ein, wenn sich das Petitum des Klägers auf denjenigen Thatbestand gründet, dessen Nichtexistenz das frühere Urtheil bereits festgestellt hat. Man denke z. B., es habe Jemand mit der actio mandati gegen einen angeblichen Mandatar auf Grund der Behauptung geklagt, daß dieser die ihm übergebenen Waaren nicht, wie ihm aufgetragen worden sei, an einen Dritten, dem sie der Mandant an einem bestimmten Tage zu liefern versprach, abgesendet habe. Nachdem der Mandant mit dieser Klage abgewiesen worden ist, klagt er auf Rückgabe der Waaren. Hier wird ihm die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache nur dann entgegenstehen, wenn im ersten Processe geurtheilt worden ist, daß gar kein Mandat bestand oder daß dem Mandatar Seitens des Mandanten keine Waaren übermittelt worden seien; jene Einrede wird nicht Platz greifen, wenn im ersten Processe nur die Thatsache verneint war, daß der Mandatar auftragswidrig die Absendung der Waaren an den Dritten unterlassen habe.[6] Ist jedoch eine Klage um

---

4) A. G. O. I, 13 §. 38. Nicht so weit wie der Text geht das Obertribunal namentlich Präj. n. 2080, Entsch. Bd. 17 S. 462. Bd. 76 S. 263 und das R. O. H. G. Bd. 10 S. 141. Bd. 12 S. 217. Bd. 16 S. 9 ff. Diese Gerichte nehmen an: Der Grundsatz des §. 38 der A. G. O. I, 13 verbiete ein Zurückgehen auf die Gründe des Judikats nicht, um die wahre Bedeutung der getroffenen Entscheidung zu bestimmen. Die Rechtskraft könne aber nur der im Tenor des Urtheils enthaltenen, nöthigenfalls aus den Gründen zu erläuternden Entscheidung als dem letzten praktischen Resultate des Urtheils und nicht über dessen Bereich zuerkannt werden. — Dies ist namentlich nicht ausreichend, im Falle über Einreden bloß in den Entscheidungsgründen geurtheilt ist.

5) Allerdings wurde in der Reichstagskommission der Abs. 3 des Entwurfs der C. P. O. §. 293 gestrichen, welcher lautete: Der Eintritt der Rechtskraft ist nicht davon abhängig, daß die der Rechtskraft fähige Entscheidung in die Urtheilsformel aufgenommen ist. Hieraus ergiebt sich aber nur, daß es bei den allgemeinen Grundsätzen bewenden sollte.

6) Es ist also für das heutige Recht unrichtig, wenn Unger II. §. 132 Anm. 13 auf Grund römischer Ansichten behauptet: Die Fragen, auf welche der Richter durch sein Urtheil antwortet, sind nicht Thatfragen, sondern Rechtsfragen, ob Jemandem das angesprochene Eigenthumsrecht oder dingliche Recht zustehe, ob Jemand Gatte, Vater, Sohn sei, ob Jemand als Gläubiger zu fordern berechtigt sei! Der Richter erkennt vielmehr bei uns, ob Jemand auf Grund der von ihm vorgetragenen Thatsachen berechtigt oder nicht berechtigt sei.

Digitized by Google

deswillen zurückgewiesen worden, weil der Beweis einer Thatsache nicht gehörig erbracht war, so kann nicht eine neue Klage durchgeführt werden, welche dieselbe Thatsache, gestützt auf besseren Beweis, zu Grunde legt, da eine Thatsache, die nicht bewiesen werden konnte, in Folge dessen als nicht vorhanden gilt.

2. Die Konsequenz scheint zu verlangen, daß es für die Rechtskraft genüge, wenn eine jetzt streitige Frage bereits früher zwischen den Parteien verhandelt und entschieden wurde, ohne Rücksicht auf Identität des eingeklagten Objekts und der Petita, da nur auf diese Weise der Inhalt früherer Erkenntnisse vollständig zur Geltung gebracht und der Widerspruch verschiedner Urtheile vermieden wird. Diese Auffassung hat in Wissenschaft und Praxis des gemeinen Rechts hervorragende Vertreter gefunden.[7] Wenn also z. B. in einem frühern Processe, welcher über die Zinsen einer Darlehensschuld geführt wurde, abweisend aus dem Grunde erkannt war, daß das behauptete Darlehen nicht gegeben sei, so wird nach dieser Ansicht die Einrede der Rechtskraft gegenüber der spätern Klage auf Einzahlung der Kapitalschuld gewährt.

Andrerseits wird eingewendet, daß eine solche Auffassung über die Aufgabe des einzelnen Processes und über die Absicht der Parteien hinausführe, da dieselben seinerzeit den Gegenstand ihres Streites im Petitum ausgedrückt und begränzt hätten und nur über den so bestimmten Streitpunkt eine richterliche Entscheidung erwartet hatten; das Urtheil dürfe nicht weiter wirken, als der Absicht der Beschädigten entsprach und nicht Folgen erzeugen, deren sich die Parteien im Laufe des Processes nicht bewußt geworden seien. In diesem Sinn fordern nicht wenige gemeinrechtliche Praktiker und Gelehrte,[8] und verlangt namentlich die preußische Praxis,[9] daß es sich im neuen Proceß um solche Ansprüche handle, welche unmittelbar den Gegenstand des frühern Streits gebildet hatten.[10] Meist unterschied man übrigens auch bei dieser Ansicht nicht, ob der neu geltend gemachte Anspruch früher im Wege

---

7) So namentlich Savigny Bd. 6 S. 350 ff. 429 ff. Man behauptet dies selbst für das römische Recht, wobei denn freilich l. 23. D. de exceptione rei judicatae 44, 2, l. 1. C. de judiciis 3, 1 mit der Bemerkung abgethan werden müssen, „sie handelten von der exceptio rei judicatae in ihrer negativen Funktion." So Windscheid I, §. 130 Anm. 12.

8) Unger oestr. P. R. II, S. 621 ff. Wetzell Civilproceß §. 47. Motive des Entwurfs der R. C. P. O.

9) Vgl. Entsch. des Obertribunals Bd. 17 S. 462.

10) Hat daher der Kläger im Vorproceß über die Zinsen einen Erfüllungseid hinsichtlich der Hingabe des Darlehens und der Authenticität des Schuldscheins geleistet, so muß in dem zweiten Processe über das Kapital, wenn der Beweis der Darlehensschuld hier nicht besser erbracht wird als früher, ein Eid gleichen Inhalts zum zweitenmale aufgelegt werden! Gruchot Beitr. Bd. 7 S. 191.

Digitized by Google

der Klage oder der Einrede geltend gemacht und der richterlichen Entscheidung unterstellt war.[11] [12]

Die Reichscivilproceßordnung schließt sich der strikten Behandlung der Rechtskraft an, aber in eigenthümlicher Weise. Nach derselben werden Urtheile nur insoweit rechtskräftig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage direkt erhobnen Anspruch entschieden ist; die Entscheidung über Einreden wird nur dann rechtskräftig, wenn sie das Bestehen einer Gegenforderung zum Gegenstande hatte und zwar bis zur Höhe des Betrags, mit welchem aufgerechnet werden sollte. Es kann jedoch bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, der Kläger mittels Erweiterung des Klagantrags, der Beklagte mittels Erhebung einer Widerklage beantragen, daß ein im Laufe des Processes streitig gewordnes Rechtsverhältniß von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Theil abhängt, durch eine richterliche Entscheidung festgestellt werde, welche in Rechtskraft übergeht.[13]

3. Das rechtskräftige Urtheil erzeugt nicht bloß eine Einrede zur Abwehr wiederholt vorgebrachter Ansprüche. Vielmehr kann man sich, da der Inhalt des Urtheils als formelle Wahrheit betrachtet wird, auf frühere Urtheile auch zur Begründung neuer Klaganſprüche stützen, welche auf der früher richterlich verhandelten Berechtigung fußen. Ist z. B. eine Forderung in Folge einer

---

11) Und zwar genügt es, wenn die Verwerfung des Einwandes nur in den Entscheidungsgründen erfolgt ist. Vgl. Gruchot Bd. 7 S. 198. — Ist die exceptio non rite oder non adimpleti contractus des Käufers aus dem Grunde verworfen worden, weil die vom Käufer behauptete Unvollständigkeit der Leistung nicht nachgewiesen wurde, so kann der Käufer gestützt auf die Behauptung derselben Mängel auch nicht später mit der actio emti auf Vervollständigung der Leistung klagen. Bedenken erregt jedoch der Fall, daß der Kläger mit seiner Klage abgewiesen, gleichzeitig aber auch die Einrede des Verklagten, z. B. der Kompensation, weil auch eine Gegenforderung nicht existire, verworfen wird. Legt hier der Kläger kein Rechtsmittel ein, so kann auch der Verklagte, welcher freigesprochen ist, nicht appelliren. Soll gleichwohl die Verwerfung der Gegenforderung in Rechtskraft übergehen? In der That hat eine solche Verwerfung nur eine eventuelle Bedeutung für den Fall, daß das Urtheil über den Klageanspruch selbst im Wege der Appellation abgeändert wird. Tritt dieser Fall nicht ein, so ist die Verwerfung der Einrede als nicht geschehen zu erachten. Vgl. auch Förster bei Gruchot Bd. 2 S. 365 ff.

12) Auf den Wechsel der Parteirollen kommt es auch bei uns nicht an. Hat A. gegen B. auf Grund seines Eigenthums geklagt und ist B. zur Räumung verurtheilt worden, so kann B. nicht hinterher gegen A. eine rei vindicatio anstellen, vielmehr tritt ihm die exceptio rei judicatae entgegen. Ist der zu einer Abgabe Verpflichtete mit einer actio negatoria aufgetreten, um seine Freiheit von der Last zur Anerkennung zu bringen, so kann der Gegner im Falle der Abweisung jener Klage auf jenes Urtheil eine Klage auf Entrichtung der Abgabe stützen.

13) R. C. P. O. §§. 293. 253. Es hängt also von dem in bestimmter Form ausgesprochnen Willen der Parteien ab, ob über einen Präjudicialpunkt rechtskräftig entschieden werden soll. Ob sich dies praktisch bewähren wird, muß die Erfahrung lehren.

Digitized by Google

persönlichen Klage einmal rechtskräftig anerkannt, so kann der Kläger seine Klage auf dies Urtheil gründen, wenn er nunmehr gegen denselben Verklagten die dingliche Pfandklage erhebt, und er muß nicht noch einmal die Richtigkeit der Forderung beweisen, obgleich dieselbe die Voraussetzung des Pfandanspruchs an sich ist. Ist ferner in einem frühern Processe die Darlehensforderung des Klägers anerkannt, so kann in einer späteren Klage auf die Darlehenszinsen dieses Erkenntniß insoweit, als die Frage der Kapitalschuld auf's neue zur Sprache kommt, zu Grunde gelegt werden.

Im römischen Rechte hingegen konnte man sich auf ein früheres Judikat nur einredeweise, niemals aber zur Begründung einer neuen Klage auf solche Ansprüche berufen, die sich aus dem abgeurtheilten herleiteten. Dagegen war thatsächlich ein Präjudicium über die Vorfrage, welche im zweiten Processe noch einmal zur Verhandlung kam, ohne Zweifel von Gewicht.[14]

4) Der Gegensatz des römischen und des heutigen Princips der Rechtskraft ist besonders noch in Folgendem ersichtlich: Nach römischem Rechte konnte der frühere Kläger, auch wenn er ein ihm günstiges Erkenntniß erstritten hatte, nicht mehr zum zweitenmale wegen derselben Sache klagen; ihm blieb vielmehr einzig die Geltendmachung der Judikatsobligation offen; nach heutigem Recht ist es dem Sieger hingegen unbenommen, auch aus dem ursprünglichen Fundamente aufs neue zu klagen, da ihm nicht das Dasein, sondern nur der ungünstige Ausfall des frühern Urtheils entgegentritt.[15] Es kann dies unter Anderm dann von praktischem Gewichte werden, wenn etwa zufälligerweise die Urtheilsurkunde verloren gegangen oder doch wenigstens nicht leicht beschaffbar ist. Entschließt sich hier der Kläger, vom Urtheil absehend, zu klagen, so kann ihm der Verklagte keineswegs durch die Behauptung entgegentreten, daß bereits über die Sache rechtskräftig geurtheilt sei. Will derselbe die Abweisung des Klägers bewirken, so muß er vielmehr auch behaupten und darthun, daß jenes frühere Urtheil ungünstig für den jetzigen Kläger gelautet habe.

§. 138. Wirkung des Urtheils für und gegen Dritte.

Der Regel nach wirkt das Urtheil natürlich nur unter den Parteien, welche mit einander processirten, das Erkenntniß forderten und den Ausfall

---

14) Anders freilich Windscheid I. §. 131, welcher sich indessen nur auf das Wesen der Rechtskraft stützen kann, wie wir Neueren sie fassen, während die von ihm angeführten Stellen für das römische Recht nichts beweisen. Richtig Pfeiffer Archiv für civilistische Praxis Bd. 37 n. 4 und 10, für das classische Recht Dernburg Pfandrecht I. S. 558. Auch Krüger S. 174 ff. findet, daß diese Wirkung des Urtheils nicht zur vollständigen Anerkennung gelangt sei.

15) So auch Savigny VI. S. 305 ff. Dagegen u. A. Wächter Erörter. III. S. 49. Unger II. §. 133, namentlich Anm. 20.

Digitized by Google

der Verhandlung mitbestimmten.[1] Jedoch giebt es Fälle, in welchen das Urtheil für und gegen Dritte Rechtskraft hat.

1. Insbesondere hat das Urtheil Wirksamkeit für und gegen die Rechtsnachfolger der processirenden Parteien, seien dies nun Universal- oder Singularsuccessoren.[2] Und zwar gilt dies auch für diejenigen, welche das streitige Recht von einer Proceßpartei nach der Insinuation der Klage erwerben. Dagegen schadet das Urtheil solchen Personen nicht, deren Rechte zwar von denen der proceßführenden Parteien abgeleitet sind, welche aber dieselben bereits vor Anhängigmachung des Processes zwischen ihrem Autor und dem Dritten erworben hatten, da ihre Lage nicht durch spätere Rechtsakte verändert werden kann, an welchen sie nicht Theil hatten.[3]

2. In nicht wenigen Fällen schadet und nützt ein Urtheil Dritten um deswillen, weil die proceßführende Partei nicht nur ihr eigenes Interesse vertritt, sondern als legitimirt gilt auch das Interesse Dritter zu wahren und diese zu repräsentiren.

So nimmt man nach dem Vorbilde des römischen Rechtes an, daß ein Urtheil, durch welches über die Legitimität oder Illegitimität eines Kindes gegenüber dem angeblichen Vater desselben erkannt wird, auch Rechtskraft habe in Bezug auf die übrigen Verwandten des Kindes.[4] Dagegen kann ein Urtheil, durch welches über die Ansprüche einer unehelichen Mutter gegenüber ihrem Schwängerer erkannt wird, dem Kinde gegenüber keine Rechtskraft erlangen, da die Mutter an sich nicht befugt ist, dasselbe hinsichtlich seiner Paternitätsansprüche zu vertreten.[5]

---

1) A. G. O. Einl. §. 66. I. 24. §. 5. l. 7. §. 4. D. de exc. rei jud. 44, 2. l. 2. C. quibus res judicata 7, 56. l. 2. C. de except. 8, 36. Ein Erkenntniß gegen den Vertreter wirkt für und gegen den Vertretnen. Es gilt dies auch im Fall des Prokuraindossaments. Vgl. unten Bd. 2 §. 86.

2) A. G. O I, 24 §. 6. R. C. P. O. §. 665. Ueber die Frage, inwieweit Judikate für und gegen den Konkursverwalter Rechtskraft gegen den Kridar haben vgl. unten Bd. 2 §. 115. Andre Grundsätze gelten im Fall der Aufhebung des Konkurses wegen Mangels der Voraussetzungen der Konkurseröffnung, vgl. unten Bd. 2 §. 114, siehe auch Präjudiz des Obertribunals n. 1845.

3) Ein Urtheil z. B., welches die Exmission des Hauptmiethers ausspricht, schadet dem Aftermiether dann nicht, wenn die Aftermiethung, ehe der Proceß mit dem Hauptmiether anhängig war, erfolgte. Vgl. l. 11 §. 10. l. 29 §. 1. D. de except. rei judicatae 44, 2. l. 3. D. de pign. 20, 1.

4) Entsch. Bd. 46 S. 213. l. 1. §. 16. l. 2. D. de agnosc. vel. al. liberis 25, 3. Gleiche Kraft ist dem Urtheil beizulegen, welches die Existenz einer Ehe zwischen den Ehegatten anerkennt oder verneint, Windscheid I. §. 132. Anm. 7. Wenn man meist den Grundsatz generell ausspricht, daß ein Urtheil über Statusverhältnisse auch Dritten gegenüber Rechtskraft gewinne, falls der Proceß mit den zunächst Betheiligten geführt werde, so erscheint dies zu vag. So auch Savigny Bd. 6 S. 472 ff.

5) Wird jedoch die Klage Seitens der Geschwängerten und des unehelichen Kindes, wie dies in der Regel geschieht, als Litiskonsorten gemeinsam angestellt, und

Digitized by Google

Tritt ferner eine Gemeinde als Proceßpartei wegen eines Rechtsverhältnisses auf, das Bezug hat auf die einzelnen Gemeindeglieder als solche, z. B. wegen eines den einzelnen Gemeindegenossen auf einer benachbarten Flur zustehenden Triftrechts, so wirkt das Erkenntniß für und wider die Gemeindegenossen, für welche die Gemeinde den Proceß führte.[6] [7]

3. Wer als Erbe in einem Erbschaftsprocesse rechtskräftig anerkannt ist, kann diese Qualität, die er selbst behauptet und durchgesetzt hat, auch den Gläubigern und Legatarien gegenüber nicht verleugnen. Dieselben können ihn also, wie unsere Praxis auf Grund des römischen Rechts erkannt hat,[8] als Erben in Anspruch nehmen, wenn sie auch an jenem Rechtsstreite nicht Theil nahmen. Aber allerdings würde er, wenn ihm ein anderer Prätendent die Erbschaft wieder wegnähme, trotz jenes frühern Erkenntnisses nunmehr die Gläubiger und Legatarien an diesen, als den Erben verweisen können. Ferner aber versteht es sich, daß dann, wenn ein Erbe unter dem Vorbehalte des Inventars angetreten hat, diejenigen Processe, welche der Vorbehaltserbe über den Bestand der Masse gegenüber Erbschaftsschuldnern und Besitzern von Erbschaftsobjekten führt, den Gläubigern und Legatarien präjudiciren, da ein solcher Erbe denselben nur soweit haftbar sein soll, als die von ihm vereinnahmte Masse reicht.[9] Die Erbschaftsgläubiger und Legatarien können sich zur Wahrung ihrer Interessen bei den die Masse betreffenden Processen daher betheiligen, auch gegen die der Masse nachtheiligen Erkenntnisse Rechtsmittel, selbst ohne Beitritt des Erben, jedoch auf ihre Kosten verfolgen.[10]

4. Steht Mehreren ein Recht ungetheilt zu, so kann an und für sich die Vollstreckung des Urtheils, welches ein Einzelner, der seine Individualrechte geltend machte, erwirkt hat, von den Mitberechtigten, die am Processe

---

es erkennt der Richter auf Ableistung eines Eides der Mutter, so bemißt sich nach demselben auch der Ausfall des Processes für das Kind; vgl. Gesetz vom 24. April 1854 §. 16—18. In jenem wichtigen Punkte also findet doch in diesem Falle eine Art von Vertretung des Kindes durch die Mutter statt.

6) So mit Recht Förster Privatrecht Bd. I, §. 56. Anm. 37. Hiernach modificirt sich die Entscheidung bei Striethorst Archiv Bd. 15 S. 14.

7) Die einzelnen Konkursgläubiger, welche gegen im Konkurse angemeldete, in den Prüfungsterminen hinsichtlich der Richtigkeit oder des Vorrechts streitig gebliebene Forderungen Proceß führen, thun dies zu Gunsten der sämmtlichen Konkursgläubiger, auch wenn dieselben am Processe nicht Theil nahmen, Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §. 237. Reichskonkursordnung §. 135; vgl. §. 132 ff.

8) l. 50. §. 1. in fine D. de leg. I. Entsch. des Obertribunals Bd. 37 S. 341.

9) Nachweis im Erbrechte. L. R. I, 12 §§. 298 und 299 bestimmt dies wenigstens für die Legatarien.

10) Das so erstrittene Erkenntniß kommt wohl, da der Legatar anstatt des Erben selbst handelt, der ganzen Gläubigerschaft zu Gute. Jedoch findet sich eine gegentheilige Entscheidung des Obertribunals bei Striethorst Bd. 9 S. 99.

Digitized by Google

nicht betheiligt waren, keineswegs betrieben werden, wie auch das ungünstige Urtheil nicht im Stande wäre, ihnen zu schaden. Wohl aber wird dann, wenn jener Mitberechtigte das von ihm erwirkte siegreiche Urtheil seinerseits zur Exekution bringt, der Regel nach die Verwirklichung seines Anspruchs den Mitberechtigten von Vortheil sein.[11] Hat z. B. der Mitinteressent einer bergmännischen Muthung geklagt und die Priorität derselben erstritten, so können zwar die übrigen Mitinteressenten dies Urtheil nicht ihrerseits zur Vollstreckung bringen, dagegen kommt ihnen nothwendig dessen Durchführung zu Gute.

5. Der Grundsatz des römischen Rechts, daß wer die Proceßführung eines Andern über eine Sache, welche den Zulassenden in erster Linie angeht, weiß und zuläßt, diese Proceßführung stillschweigend anerkennt, so daß ihm das hierbei ergehende Urtheil schadet und nützt,[12] ist bei uns nicht aufgenommen worden. Dagegen kann uns eine fremde Proceßführung präjudiciren, falls in gehöriger Weise eine Litisdenunciation erfolgte.[13] Namentlich gewinnt das Urtheil zwischen Gläubiger und Hauptschuldner dem Bürgen gegenüber Rechtskraft, falls der Gläubiger den Bürgen bei Belangung des Hauptschuldners mit vorladen ließ.[14]

Da zur verbindlichen Kraft eines Urtheils der Regel nach erforderlich ist, daß dasselbe zwischen den proceßführenden Parteien gefällt sei, so folgt, daß ein wegen eines Vergehens von einem Strafrichter gefälltes Urtheil, sei

---

11) Dies ist die principmäßige Behandlung der Sache. Etwas Anderes hat auch das römische Recht nicht bestimmt, obgleich die herrschende Meinung, wie mir scheint, ungenau behauptet, das Urtheil selbst wirke zu Gunsten der Mitberechtigten. Aber hierfür spricht die l. 4. §. 3. D. si servitus vindicetur 8, 5 keineswegs, da dort eben erklärt wird, wenn einer von mehreren Miteigenthümern eines Grundstücks wegen einer diesem zustehenden Servitut klage, so werde der Sieg auch den anderen nützen, komme es aber nicht zur Naturalrestitution, sondern zur Schätzung, so könne nur das persönliche Interesse des Klägers beachtet werden. Keinenfalls kann, wie z. B. Savigny Bd. 6 S. 480 annimmt, umgekehrt das dem klagenden Mitberechtigten ungünstige Urtheil gegenüber denjenigen Mitberechtigten wirken, die am Processe nicht betheiligt waren. Die für das Gegentheil ausgeführte l. 19 D. si serv. 8, 5 sagt ausdrücklich: si de communi servitute quis bene quidem deberi intendit et litem perdidit culpa sua, non est aequum, hoc caeteris damno esse. Wenn dann im Schlußsatz der Stelle den Kommunisten die actio doli gegen einen verrätherischen Genossen gegeben wird, „qui per collusionem litem cessit adversario," so ist wohl an einen Fall gedacht, in welchem, während der Eine die Klage mit der Absicht des Verraths anstellte, die Servitut durch non usus, dessen Wirkung durch eine solche Klage nicht gehemmt wurde, unterging.

12) l. 63. D. de re judicata 42, 1. Savigny Bd. 6 S. 476 ff.

13) Vgl. R. C. P. O. §§. 71. 65 über die Folgen der Streitverkündung.

14) L. R. I, 14 §. 311. Die Frage der Geltung der Verbürgung kommt in diesem Processe trotz der Vorladung des Bürgen nicht zur Sprache. Der Bürge kann daher nicht verurtheilt, es kann auch nicht das gegen den Hauptschuldner ergehende Urtheil unmittelbar gegen den Bürgen zur Exekution gebracht werden. Die Folge ist eben nur, daß im Falle der endgültigen Verurtheilung des Hauptschuldners die Existenz der Hauptschuld auch dem Bürgen gegenüber rechtskräftig feststeht.

Digitized by Google

es verurtheilend oder freisprechend gewesen, in dem auf Grund desselben Vergehens anhängigen Civilproceß auf Schadenersatz nicht als formelle Wahrheit gilt, wenn auch das im Strafprocesse gesammelte Material behufs des Beweises benutzt werden kann.[15] [16]

IV. Besondere Rechtsmittel.

§. 139. Mandatsproceß. Urkundenproceß.

Der Regel nach ist das Enderkenntniß erst zu fällen, nachdem beiden Theilen Gelegenheit gegeben ist, die sämmtlichen zu ihren Gunsten sprechenden und zur Sache gehörenden Thatsachen anzuführen und zu beweisen. Dies geschieht vollständig im ordentlichen Verfahren. Im gemeinen Recht bildeten sich jedoch neben diesem Verfahren für bestimmte Sachen die bestimmt summarischen Processe aus, deren Wesen im Ausschluß derjenigen Vertheidigungsmittel liegt, welche nicht in continenti gegenüber der prima facie begründeten Klage liquid gemacht werden können, unter dem Vorbehalt jedoch nachträglicher Geltendmachung der durch die Nothwendigkeit schleuniger Liquidität ausgeschloßnen Defensionsmittel im Wege einer Nachklage.[1] Die vorläufige Verkürzung der Vertheidigung rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß bei den diesem Verfahren unterstellten Sachen in der Mehrheit der Fälle das wirkliche Recht mit dem, was sofort liquid gemacht werden kann, übereinstimmt, daß also durch diese Weise des Processes auf kürzestem Wege regelmäßig das wahre Recht zur Verwirklichung kommt, während in den Fällen, in denen dies nicht zutrifft, der Verurtheilte also in der That nichts schuldete, durch den Nachproceß eine zulängliche Ausgleichung der Nachtheile herbeigeführt wird, welche ihm durch das auf einseitiges Vorbringen des Klägers ergangne Urtheil erwuchsen.

Die wichtigste Art des summarischen Processes bildete im gemeinen Rechte der Exekutivproceß, welcher sich ursprünglich dadurch begründete, daß sich der Schuldner durch die einer öffentlichen Urkunde eingefügte Exekutiv-

15) Plenarbeschluß des Obertribunals vom 15. December 1856 Präj. n. 2676. Gegen diese Ansicht u. A. Förster bei Gruchot Bd. 2 S. 354 ff. Gruchot Beiträge Bd. 8 S. 233 ff.

16) Doch ist in einzelnen gesetzlich bestimmten Fällen der Beweis des Civilanspruchs durch das Erkenntniß des Strafrichters bedingt, z. B. im Falle des Meineids A. G. O. I. 16. §. 24, ferner bei Polizeivergehen nach L. R. I, 6 §. 26. Nach dem Einführungsgesetz zur R. C. P. O. §. 14 unter 1 treten außer Kraft die Vorschriften über die bindende Kraft des strafgerichtlichen Urtheils für den Civilrichter.

1) Briegleb Einleitung in die Theorie der summarischen Processe 1859.

Digitized by Google

klausel — clausula quarentigiae, pactum paratae executionis — diesem Verfahren unterwarf, während dieselbe später bei öffentlichen Urkunden unterstellt wurde, bis man endlich in Partikularrechten selbst bloßen Privaturkunden das Vorrecht des Exekutivprocesses zugestand.[2]

Nicht soweit geht der auf ähnlichen Grundgedanken beruhende preußische Mandatsproceß.[3] Derselbe verlangt eine durch eine inländische öffentliche Urkunde bezeugte einseitige Schuld, oder eine aus dem Grundbuch hervorgehende Verpflichtung aus einem zweiseitigen Geschäft[4] und ist außerdem zuständig wegen der Ansprüche aus einem die Exekution nicht mehr zulassenden Erkenntniß, seit dessen Rechtskraft noch nicht fünf Jahre verflossen sind und wegen Forderungen der Geistlichen, Anwälte, Notare und gewisser andrer Beamter wegen ihrer Gebühren und Auslagen.[5] Der Mandatsproceß hat außer der Ausschließung illiquider Defensionen die processualische Eigenthümlichkeit, daß auf die Klage, welche durch die bezüglichen Urkunden zu begründen ist, sofort ein Befehl an den Verklagten erlassen wird, bei Vermeidung der Exekution binnen vierzehn Tagen von der Insinuation an entweder den Kläger klaglos zu stellen, oder seine Einwendungen gegen die Forderungen anzubringen.[6] Wie der Mandatsproceß schließt auch der Wechselproceß illiquide Einwendungen aus vorbehaltlich des Nachprocesses.[7]

Die Reichscivilproceßordnung wiederum hat dem aus dem gemeinen Processe entnommnen Urkundenproceß, welcher den Mandatsproceß ersetzen

---

2) Briegleb über exekutorische Urkunden und Exekutivproceß. 2. Aufl. 1845.

3) Geregelt durch die Verordnung über den Mandats-, den summarischen und den Bagatellproceß vom 1. Juni 1833.

4) Die Praxis nimmt an, daß es nicht erforderlich sei, daß der Mandatsverklagte im Hypothekenbuche als Besitzer eingetragen sei; es genüge, daß die Passivlegitimation liquid gemacht werde, Präj. des Obertrib. n. 1593.

5) Konsequenterweise hatte das Gesetz über den Mandatsproceß vom 1. Juni 1833 den Mandatsproceß wegen solcher Forderungen nur dann zugelassen, wenn die Forderungen für Gebühren und Auslagen durch die vorgesetzte Behörde festgesetzt wurden und das Festsetzungsdekret mit der Klage zugleich überreicht wurde. Spätere Gesetze sind jedoch hiervon abgegangen. Insbesondere bestimmt das Gesetz v. 11. und das v. 12. Mai 1851, ersteres im §. 3, letzteres im §. 5, daß die Gebühren von Notaren und Rechtsanwalten auch ohne gerichtliches Festsetzungsdekret im Mandatsprocesse eingeklagt werden könnten. Hier ist also das Princip des Mandatsprocesses aufgegeben, daß Kläger seine Behauptungen liquid zu stellen habe; bestreitet daher der Verklagte den Auftrag oder die Thätigkeit, so muß Kläger wie gewöhnlich seinerseits beweisen. — Der Mandatsproceß sollte nach dem Gesetze vom 1. Juni 1833 auch stattfinden wegen der Gebühren der Gerichte. Dies hat aber die Kabinetsordre vom 17. Oktober 1833 suspendirt, so daß vielmehr die Kasse einen exekutorischen Titel auch ohne Proceß noch heute hat.

6) Nach A. G. O. I. 28 §. 4 kann die Mandatsklage auch schon vor der Verfallzeit angestellt werden, um ein Mandat zu erlangen, daß der Schuldner den Gläubiger nach Eintritt der Verfallzeit befriedige. Kabinetsordre vom 17. Oktober 1833.

7) A. G. O. I. Tit. 27. §. 33, Einführungsgesetz zur W. O. v. 15. Februar 1850 §. 7.

Digitized by Google

wird, die weiteste Ausdehnung gegeben.[8] Vorausgesetzt ist nur, daß der Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder Leistung einer bestimmten Quantität andrer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere geht, daß sämmtliche zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatsachen durch Urkunden — öffentliche oder private — bewiesen werden und daß die Klage als Urkundenproceß bezeichnet wird. Als Beweismittel sind bezüglich der Echtheit der Urkunden, wie der sonstigen Defensional- oder Angriffsthatsachen nur Urkunden und Eideszuschiebung zulässig. Die besondre Einleitungsform des preußischen Mandatsprocesses ist mit dem Urkundenproceß nicht nothwendig verbunden. Es kann aber das Mahnverfahren zunächst versucht und ein bedingter Zahlbefehl extrahirt werden.[9]

Der dem Urkundenproceß folgende Nachproceß wird im ordentlichen Verfahren verhandelt; auch wenn er begründet ist, führt er nicht zur Aufhebung des Mandats oder Judikats im Vorproceß, wohl aber hat er zur Folge die Verurtheilung des Verklagten, die dem Kläger aus dem Vorproceß erwachsenen Nachtheile aufzuheben und ihn schadlos zu halten.[10]

§. 140. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.[1]

Das Vertrauen, welches der erste rechtsprechende Magistrat in Rom, der Prätor, genoß, ermöglichte ihm Härten, welche alterthümliche, rücksichtslose und starre Rechtsregeln in einzelnen Fällen mit sich gebracht hatten, durch eine Wiederaufhebung ihrer Wirkungen zu beseitigen. Ohne Zweifel war diese Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zuerst aufgekommen in Bezug auf processualische Versäumnisse und Fehler, da im Gebiete des Processes

8) R. C. P. O. §. 555. Wegen noch nicht fälliger Forderungen ist die Feststellungsklage des §. 231 anzustellen.

9) Das Mahnverfahren der R. C. P. O. §. 628 ff. setzt einen Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität andrer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere voraus, nicht aber ist nothwendig, daß der Anspruch durch Urkunden begründet sei.

10) Es entsteht die Frage, ob dann, wenn die Forderung aus einem vollstreckbaren Mandate cedirt wurde und wenn der Besiegte dem Cessionar daraufhin zahlte, die Nachklage gegen den Cessionar oder den Cedenten zu richten ist? Würde das Mandat rückwärts hin aufgehoben, so wäre die Nachklage gegen den Cessionar zu richten, welcher, wie sich hinterher herausstellt, ein indebitum erhielt. So verhält es sich jedoch in der That nicht. Das im Mandat liegende Erkenntniß wird nicht hinterher annullirt, es ist vielmehr eine gültige Judikatsobligation. Dagegen ist der Cedent verpflichtet, dem Schuldner zu ersetzen, was dieser durch das materiell nicht gerechtfertigte Erkenntniß verloren hat. Die Sache stellt sich also so, wie wenn der Cedent selbst die fragliche Summe eingenommen und dem Cessionar dann überlassen hätte.

1) Von gemeinrechtlicher Litteratur vgl.: Burchardi Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 1831. Savigny VII. §§. 316—343. Wächter II. §§. 124—127. Spaltenstein die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 1873.

Digitized by Google

der rechtsprechenden Behörde naturgemäß ein weiterer Spielraum gegeben ist;[2] aber nach und nach wurde sie auch gegen die Folgen von Rechtsgeschäften ertheilt, die an sich zwar rechtsbeständig waren, deren Aufrechterhaltung indessen einem verfeinerten Rechtsgefühle als ungehörig erschien. Auch hinsichtlich der Restitution bildeten sich allmählich im römischen Rechte gewisse Normen, die dem Prätor, welcher ursprünglich die Grenzen seiner Thätigkeit nur in der eigenen Ueberzeugung und der öffentlichen Meinung gefunden hatte, maßgebend wurden, immerhin blieb auch im jüngsten römischen Rechte dem subjektiven Ermessen des Prätors bei der Ertheilung oder Versagung der Restitution ein weites Feld.

In dem heutigen Rechte hingegen ist die Restitution, durch welche der Richter in Rom eine Stellung über dem Gesetze in Anspruch nahm, herabgesunken in die Reihe der gewöhnlichen Rechtsmittel. Ihre Ertheilung ist nicht mehr ein Vorrecht besonders hochstehender gerichtlicher Behörden, sondern erfolgt durch jedes sonst zuständige Gericht. Im preußischen Rechte sind zudem an die Stelle freiwaltenden Ermessens ins Einzelne hinein ängstlich detaillirte kasuistische Regeln getreten. Auch findet sich keine Restitution bei uns mehr gegen Rechtsgeschäfte.[3] Vielmehr hat sie sich auf ihr Ausgangsgebiet zurückgezogen und wird nur noch gegen processualische Versäumnisse und außerdem insbesondere gegen Ablauf einer Verjährung ertheilt.

Erforderlich ist wie nach römischem Rechte ein Schade des Restitutionssuchers, welcher bei uns übrigens, da es sich nicht wie in Rom um ein ganz außerordentliches Rechtsmittel handelt, auch ein unbedeutender sein kann,[4] ferner ist nothwendig ein Restitutionsgrund, von dem im Folgenden noch näher zu handeln ist. Endlich muß das Restitutionsgesuch rechtzeitig eingelegt sein, wobei theilweise die vierjährige Restitutionsfrist des römischen Rechts beibehalten ist.

§. 141. Einzelne Restitutionsgründe.

Die Restitution gründet sich theils in persönlichen Privilegien des Berechtigten, theils in sachlichen Umständen.

1. In Folge persönlichen Privilegiums hatten nach römischem Rechte Anspruch auf Restitution insbesondere die Minderjährigen.[1] Die gemein-

2) Auch quellenmäßige Begründung dieser Auffassung ist thunlich, würde jedoch hier zu weit führen.

3) Gesetz über die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen vom 12. Juli 1875 §. 9 übereinstimmend mit dem L. R. vgl. Suarez Schlußvorträge bei Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 184.

4) Anders l. 4. D. de in integr. rest. 4, 1. l. 49. D. de min. 4, 4.

1) l. 1. §. 1. D. de minor. 4, 4. Der Grund der römischen Restitution lag bei ihrer Einführung darin, daß die mündigen Minderjährigen ursprünglich nicht

Digitized by Google

rechtliche Praxis stellte den Minderjährigen andere der Vormundschaft unterliegende Personen gleich.[2] Auch das Landrecht giebt diesen Personen das Recht der Wiedereinsetzung; dasselbe nimmt jedoch, worüber man gemeinrechtlich stritt, die gerichtlich erklärten Verschwender aus, weil sie an ihrer Handlungsunfähigkeit und Bevormundung selbst die Schuld tragen.[3] Während andererseits das römische Recht die Minderjährigen auch dann gegen Verletzungen restituirte, wenn dieselben in väterlicher Gewalt standen, verweigert die preußische Praxis in diesem Falle den Minderjährigen und sonstigen Handlungsunfähigen die ihnen sonst zuständigen Privilegien aus dem Grunde, weil sie in der väterlichen Obhut genugsamen Schutz fänden.[4] Schon das römische Recht gab ferner den Stadtgemeinden[5] die Vorrechte der Minderjährigen, das kanonische Recht fügte die Kirche,[6] die gemeine Praxis den Fiskus und andere juristische Personen hinzu.[7] Demgemäß haben auch nach preußischem Rechte die Rechte der Minderjährigen Kirchengesellschaften, Schulanstalten, die staatlich genehmigten Armenanstalten und Stadtgemeinden wegen ihres Kämmereigutes.[8]

Diese Privilegirten haben jedoch das Recht der Wiedereinsetzung keineswegs wegen einer jeden Verletzung, vielmehr nur in genau bestimmten Einzelfällen.

a) Die Minderjährigen können namentlich Restitution erlangen, wenn sich eine Verjährung während ihrer Minderjährigkeit vollendet und zwar innerhalb vier Jahren nach erreichter Volljährigkeit.[9] Gleiches gilt für die

---

bevormundet waren, daher mancherlei Gefährdungen schutzlos gegenüberstanden. Sie wurde später auch auf Fälle ausgedehnt, in welchen die Minderjährigen durch die Handlungen oder Versäumnisse ihrer Vormünder verletzt wurden. Die gesteigerte obrigkeitliche Kontrole über die Vormünder im modernen Rechte und die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs hat aber in neuerer Zeit immer größere Beschränkungen dieser Restitution veranlaßt.

2) Vergl. Glück Bd. 6 S. 23 ff.

3) L. R. I, 9 §§. 540—542.

4) Nach römischem Rechte haben zweifellos auch die in väterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen das Recht der Restitution, insoweit ihr eigenes Interesse betheiligt ist, l. 3. §. 4. D. de minoribus 4, 4. l. 1. l. 2. C. de filiofamilias minore 2, 23. Unsere preußischen Quellen sprechen sich über die Frage direkt nicht aus, denken übrigens stets zunächst an bevormundete Minderjährige. Hieraus hat dann die Praxis Veranlassung genommen, sich dafür zu entscheiden, daß Minderjährige unter väterlicher Gewalt die Privilegien nicht hätten, vgl. u. A. Präj. n. 1151, Ulrich Archiv Bd. 5 S. 324. Striethorst Archiv Bd. 72 S. 82 ff. Nur soweit die Vertretung durch den Vater nicht Platz greift, haben sie die Privilegien, vgl. Präj. des Obertrib. 2531. Entsch. Bd. 28 S. 75.

5) l. 3. C. de jure reipublicae 11, 29.

6) Tit. X. de in integrum restitutione 1, 41.

7) Glück Bd. 6 S. 24.

8) L. R. II, 11 §. 228. II, 12 §. 19. II, 19 §. 43. II, 8 §. 157.

9) L. R. I, 9 §§. 537. 538. Auf die kürzeren Verjährungsfristen bezieht sich dies aber nicht, vgl. unten §. 170.

Digitized by Google

den Minderjährigen gleichgestellten natürlichen Personen. Die juristischen Personen hingegen, welche sonst die Rechte der Minderjährigen haben, genießen nach preußischem Rechte eines ähnlichen Privilegs wegen Verjährung nicht,[10] wohl aber läuft gegen mehrere von ihnen, insbesondere gegen Fiskus und Kirchen nur eine vierundvierzigjährige Verjährung.

b) Ferner ist Restitution zulässig, wenn die Minderjährigen und sonst Bevormundeten in einem durch den Vormund oder unter dessen Beistand geführten Processe verkürzt zu sein behaupten.[11] Das gleiche Recht haben die juristischen Personen, welche mit den Rechten der Minderjährigen ausgestattet sind.[12] Die Restitutionsfrist läuft innerhalb vier Jahren von der Zeit der Zustellung des Urtheils oder der Verfügung an. Es bedarf zu ihrer Begründung des Nachweises, daß ein Fehler Seitens der proceßführenden Partei vorgekommen ist, die Behauptung einer unrichtigen Anwendung von Rechtsgrundsätzen Seitens des Proceßgerichts genügt hingegen nicht. Für einige sehr wichtige processualische Fristen, insbesondere das Appellationsfatale, ist die Restitution übrigens außer Kraft gesetzt.[13] Die R. C. P. O. beseitigt die Restitution der Minderjährigen und gleichgestellter Personen bezüglich der processualischen Versäumnisse schlechthin.[14]

2. Wegen sachlicher Umstände findet sich Restitution namentlich

a) falls Hindernisse in der Verfolgung eines Rechts während des Laufes der Verjährung eintraten und bei Ablauf derselben noch fortbestanden oder erst innerhalb der letzten vier Jahre vor Ablauf der Verjährung eintraten.[15]

b) Das römische Recht ließ die Restitution gegen rechtskräftige Erkenntnisse wegen später aufgefundener Urkunden der Regel nach nicht zu,[16] wohl aber hat die gemeinrechtliche Praxis eine solche Restitution in weitem Maße anerkannt.[17] Dem folgt das preußische Recht und das Reichsrecht. Natürlich muß der Inhalt der neu producirten Urkunden so beschaffen sein, daß dadurch die Lage der Hauptsache verändert und eine von der vorigen

10) L. R. I, 14 §. 173.

11) A. G. O. I. 16. §. 13.

12) A. G. O. I. 16. §. 14. L. R. I, 14 §. 174.

13) Declaration vom 6. April 1839 Art. 13, vgl. auch Präj. n. 2224.

14) R. C. P. O. §. 210 Abs. 1.

15) L. R. I, 9 §§. 530. 531. Kommt die Restitution wegen der Acquisitivverjährung einer Gerechtigkeit dem Singularsuccessor des Verhinderten ohne Cession zu Gute? Es verneint Entsch. des Obertrib. Bd. 62 S. 57.

16) l. 4. C. de re judic. 7, 52. Vgl. freilich auch l. 35. D. de re judicata 42, 1.

17) Burchardi die Wiedereinsetzung S. 186 ff.

Digitized by Google

abweichende Entscheidung begründet werden kann.[18] Diese Restitutionsklage ist innerhalb der Zeit von zehn Jahren vom Tage der Insinuation des rechtskräftigen Urtheils an anzubringen; die spätere Klage wird nur berücksichtigt, falls der Restitutionssucher durch die Hinterlist und Gefährde des Gegners oder auch eines Dritten an der frühern Auffindung der Urkunde verhindert wurde.[19] [20] Die R. C. P. O. faßt auch die Anfechtung des rechtskräftigen Urtheils wegen falschen Eids, falscher Urkunden, falschen Zeugnisses, strafbaren Vergehens des Richters als Restitutionsklage.[21]

c) Außerdem giebt es noch einige dem Proceßrecht zuzuweisende Restitutionen, namentlich wider Kontumacialbescheide.[22]

V. Das Schiedsgericht.[1]

§. 142. Einleitung.

Die Entscheidung privater Streitigkeiten kann einem oder mehreren erwählten Schiedsrichtern durch ein sogenanntes Kompromiß übertragen werden.[2]

Kompromisse wurden in Rom der Regel nach durch Stipulationen abgeschlossen, mittels deren sich die Parteien zur Zahlung einer Strafe ver-

---

18) A. G. O. I. 16. §. 17 ff. R. C. P. O. §. 543 unter 7.

19) Die A. G. O. I. 16. § 17 ff. verlangt, daß der Restitutionssucher sich zur eidlichen Erhärtung erbiete, „daß er vor den rechtskräftigen Entscheidungen von diesen Urkunden nichts gewußt habe oder daß er selbige alles angewandten Fleißes ungeachtet im vorigen Processe nicht habe herbeischaffen können," ferner daß das Gesuch behaupte, daß es innerhalb der Zeit von 8 Wochen von Auffindung der Urkunde an angestellt sei. Wird dieser Eid aber nicht geleistet und bewahrheitet sich jene Angabe nicht, zeigt sich aber, daß der Restitutionssucher in der Hauptsache Recht habe, so siegt er dennoch! Nach der R. C. P. O. §. 549 verjähren die bezüglichen Klagen binnen fünf Jahren von der Rechtskraft des Urtheils an; sie sind an die Nothfrist eines Monats von Kenntniß des Anfechtungsgrunds an, gebunden.

20) Nach A. G. O. I. 16. §. 26 findet sich ausnahmsweise auch Restitution wegen neu aufgefundner Zeugen, nach der R. C. P. O. fällt dies weg.

21) R. C. P. O. §. 543.

22) A. G. O. I. 14. §. 70. Verordnung vom 28. März 1840 über das Rechtsmittel der Restitution. — Die R. C. P. O. §. 211 läßt die Restitution zu wegen Versäumniß einer Nothfrist in Folge unabwendbaren Zufalls. Gegen ein Versäumnißurtheil findet das Rechtsmittel des Einspruchs statt, R. C. P. O. §. 303.

1) A. G. O. I. 2. §§. 167—176. Tit. Dig. de receptis 4, 8. Tit. Cod. de receptis 2, 56. Von der Hagen über den Begriff des Kompromißvertrags in Ulrichs Archiv Bd. 3 S. 419 ff. R. C. P. O. §. 851 ff.

2) Kein Kompromiß ist der Vertrag, wodurch sich die Betheiligten verpflichten, vor einem an sich nicht zuständigen Gericht Recht zu geben und zu nehmen. Entsch. des Obertrib. Bd. 78 S. 128. Ebensowenig der Vertrag, wonach ein Theil, z. B. eine königliche Eisenbahndirektion, in Streitfällen mit Ausschluß des Rechtswegs zu entscheiden hat, solcher Vertrag ist vielmehr als contra jus publicum unverbindlich. Entsch. des Obertrib. Bd. 77 S. 93.

Digitized by Google

pflichteten für den Fall, daß sie sich nicht vor dem Schiedsrichter zur Verhandlung stellten oder sich seinem Spruche nicht fügten. War eine solche Strafe nicht ausbedungen, so gab man seit der Kaiserzeit gegen denjenigen, der sich dem Schiedsspruche durch Stipulation unterworfen hatte, falls er demselben entgegen handelte, eine Klage auf das Interesse.[3] Dagegen wurde in Rom die Sache selbst durch den Abschluß eines Kompromisses nicht etwa rechtshängig;[4] es stand also dem Gläubiger jeder Zeit frei, den Streit trotz des Kompromisses vor den ordentlichen Richter zu bringen, wobei ihm freilich als Nachtheil der Uebertretung des Kompromisses die Verwirkung der bedungenen Strafe drohte. Noch weniger hatte der römische Schiedsspruch die Kraft eines Urtheils; es konnte Exekution aus ihm nicht nachgesucht werden,[5] da vielmehr nur eine Klage auf Strafe oder Interesse aus seiner Verletzung entsprang.[6]

Bei uns macht das Kompromiß die Sache selbst vor dem Schiedsrichter anhängig, so daß dieselbe nicht vor die ordentlichen Gerichte gebracht werden kann, so lange das Kompromiß noch Geltung hat.[7] Ferner aber

---

3) Cfr. l. 2. D. h. t. Ferner l. 27. §. 7. l. 28. D. h. t. 4, 8. Justinian gab übrigens auch aus einem formlosen Vertrage eine Klage, wenn der Schiedsspruch gefällt war und die Parteien ihn anerkannten oder innerhalb der Zeit von zehn Tagen nicht verwarfen, l. 5. C. h. t. 2, 56.

4) Das Gegentheil behauptet Windscheid Pand. II. §. 415 Anm. 7. Vgl. l. 2. D. h. t. 4, 8. l. 30. D. eod.

5) l. 1. C. de receptis 2, 56. Für das römische Recht ist es daher nicht durchaus zutreffend, wenn behauptet wird: Paulus lib. 2 ad edictum l. 1. D. h. t. 4, 8: compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet.

6) Die spätere römische Jurisprudenz gab indessen dem durch den Schiedsrichter freigesprochenen angeblichen Schuldner unter gewissen Umständen gegen eine neue Klage vor dem ordentlichen Richter eine exceptio pacti de non petendo. Vgl. l. 11. §. 3 und l. 13. §. 1. D. h. t. 4, 8.

7) Die römische Behandlung der Seite war zwar weniger einfach, hingegen sicherlich praktisch zweckmäßiger als die unsere. Man vergleiche folgenden in den Entscheidungen des Obertribunals Bd. 19 S. 96 ff. mitgetheilten Fall. A. schloß mit B. unterm 13. Februar 1841 einen Vergleich ab, wonach sie die Entscheidung ihrer Streitigkeiten dem Schiedsspruche des C. überließen. Dieser erklärte später dem A. die Ablehnung des Schiedsrichteramtes, worauf A. mit dem Antrage gegen B. klagbar wurde, zu erkennen, daß er nicht ferner verpflichtet sei, sich dem Schiedsrichteramte des C. zu unterwerfen. Diese Klage wurde nach längerer Verhandlung rechtskräftig unterm 26. April 1845 aus dem Grunde abgewiesen, weil C. verpflichtet sei, den Schiedsspruch zu fällen, sich dieser Verpflichtung nicht willkürlich und einseitig entziehen könne und also nöthigenfalls im Wege Rechtens zu dem Ausspruche anzuhalten sei. Hierauf wurde A. gegen den C., welcher gleichwohl seine Pflichten als Schiedsrichter gänzlich vernachlässigte, gegen Ende 1845 klagbar, ihn zu verurtheilen, den Schiedsspruch zu fällen. Nach diesem Antrage wurde auch im Jahre 1846 erkannt, das Urtheil konnte aber nicht vollstreckt werden, weil C. die preußischen Staaten verlassen hatte. In einem dritten Processe klagte nun A. wiederum gegen B. auf Aufhebung des Kompromißvertrages und brachte es endlich am 7. December 1849 dahin, daß das Obertribunal in diesem Sinne erkannte, wodurch ihm nunmehr der Rechtsweg in der Hauptsache frei wurde.

Digitized by Google

ist der Schiedsspruch, nachdem er die Rechtskraft beschritten hat, exekutionsfähig, so jedoch, daß die Exekution nur von den ordentlichen Gerichten verfügt werden kann. Das Kompromiß hat also im neuern Rechte den Boden des reinen Vertragsrechts verlassen und ist zu einer Einrichtung des öffentlichen Rechts geworden.

§. 143. Bestellung, Aufhebung des Schiedsgerichts.

Die Einsetzung der Schiedsgerichte beruht meist auf Vertrag der Betheiligten, sie kann aber auch durch testamentarische oder fideikommissarische Verordnung,[1] sowie durch das Statut einer juristischen Person vorgeschrieben sein.[2] Erforderlich ist, daß es sich um Gegenstände handelt, über welche die Betheiligten frei verfügen können.[3] In einigen Fällen überweist das Gesetz selbst die Entscheidung von Streitigkeiten Schiedsgerichten.[4]

Der Schiedsvertrag ist perfekt, wenn der Gegenstand des Schiedsspruchs — seien dies obschwebende oder künftige Streitigkeiten — bestimmt ist[5] und die Personen, welche urtheilen sollen, individuell bezeichnet sind.[6][7]

---

1) So bestimmt eine Fideikommißstiftung der Familie v. Minnigerode, daß im Falle Streitigkeiten über das Fideikommiß entstünden, eine deutsche juristische Fakultät im Wege des Schiedsspruchs entscheiden solle. Natürlich fiel diese Bestimmung nicht aus dem Grunde weg, weil das Institut der Aktenversendung an Fakultäten in Preußen aufgehoben ist, da diese von Einholung eines Schiedsspruchs ganz verschieden ist. Vgl. R. C. P. O. §. 872.

2) So verfügt das preußische Berggesetz vom 24. Juni 1865 §. 115 Abs. 2: Durch das Statut kann bestimmt werden, daß die Entscheidung der Frage, ob ein Gewerkschaftsbeschluß zum Besten der Gewerkschaft gereiche, durch ein Schiedsgericht erfolgen solle.

3) A. G. O. I. 2. §. 167 ff. Nach der R. C. P. O. §. 851 müssen die Parteien befugt sein, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen. Es ist jedoch zulässig, sich über die Anfechtung der Ehe oder eine Ehescheidung in dem Sinn zu vergleichen, daß auf dieselbe verzichtet wird, ein Kompromiß über derartige Streitigkeiten ist unzulässig.

4) So in Vorfluthssachen, Gesetz vom 15. November 1811 §. 21 ff., in Gemeinheitstheilungssachen Verordnung vom 30. Juni 1834 §§. 6. 31 ff. Ergänzungsgesetz vom 2. März 1850 Art. 14. Vgl. ferner L. R. I, 17. §. 23. A. G. O. I. 30. §. 48. Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 §. 108 Abs. 4.

5) R. O. H. G. Bd. 2 S. 159. l. 21. §. 6 D. de receptis 4, 8. R. C. P. O. §. 852. Verträge der Art, daß alle unter den Vertragsschließenden irgendwie künftig entstehenden Rechtsstreitigkeiten von gewissen Schiedsrichtern, z. B. einem Geistlichen entschieden werden sollen, sind nicht anzuerkennen. Ist es zweifelhaft, ob eine gewisse Streitigkeit unter den Schiedsvertrag fällt, so ist gegen die Unterstellung zu entscheiden, da das Kompromiß immerhin eine Ausnahme von der Regel bildet. R. O. H. G. Bd. 2 S. 426. Auch ist durch die Vereinbarung eines Kompromisses über ein Rechtsverhältniß nicht ausgeschlossen, im Bedürfnißfall Arreste bei den ordentlichen Gerichten zu erwirken.

6) Bezüglich der Form der Kompromisse gelten die allgemeinen Grundsätze. Bei Objekten unter 150 Mark, sowie hinsichtlich der Handelsgeschäfte genügt Mündlichkeit. Ausdrücklichkeit ist nicht nothwendig. So auch R. O. H. G. Bd. 17 S. 248, anders Striethorst Bd. 76 S. 234. Nach R. C. P. O. §. 853 kann inskünftige jede

Digitized by Google

Welche Wirkung Verträge haben, wonach die Streitigkeiten der Kontrahenten durch inskünftig zu bestimmende Schiedsrichter entschieden werden sollen, war gemeinrechtlich streitig. Dem römischen und kanonischen Recht waren pacta de compromittendo solcher Art fremd.[8] Die herrschende gemeinrechtliche Theorie erkannte aber die Klagbarkeit von Verträgen an, mittels deren sich die Parteien verpflichteten, in künftigen Fällen Schiedsrichter zu ernennen, so daß man die Verurtheilung durch gerichtliche Ernennung an Stelle des zur Bezeichnung Verpflichteten erzwang.[9] Die preußische Praxis hat sich dem nicht angeschlossen, einmal um deswillen, weil Klagen auf Einsetzung eines Schiedsgerichts überhaupt unzweckmäßig sind, da statt der erhofften kürzeren schiedsrichterlichen Erledigung durch dieselben ein unerwünschter Zwischenproceß entsteht, dann aber weil man die Ernennung von Schiedsrichtern als eine Vertrauenssache ansah, welche der Richter nicht statt der kompromittirenden Partei vollziehen kann.[10] Hiernach finden nur solche Verträge über Ernennung von Schiedsrichtern Anerkennung, in denen Vorkehrung getroffen ist, daß die Wahl nöthigenfalls auch ohne Mitwirken des wortbrüchigen Theils erfolgen kann. Jedoch ernennt der Richter statt der Partei die Schiedsrichter dann, wenn das Gesetz selbst die Ernennung von Schiedsrichtern verlangt.[11][12]

Viel weiter geht die Reichsgesetzgebung. Ist den streitenden Parteien durch den Vertrag die Ernennung der Schiedsrichter überlassen, so hat die betreibende Partei dem Gegner schriftlich den von ihr erwählten Schiedsrichter mit der Aufforderung zu bezeichnen, binnen einer einwöchigen Frist seinerseits das Gleiche zu thun. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist wird auf Antrag der betreibenden Partei der Schiedsrichter nach stattgehabter zwei-

---

Partei die Errichtung einer schriftlichen Urkunde über den Vertrag verlangen, wenn derselbe nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts mündlich geschlossen ist.

7) Bevollmächtigte bedürfen zum Abschluß von Kompromissen Specialvollmacht, vgl. oben §. 114 Anm. 3. Prokuristen jedoch sind zum Abschluß ohne Specialvollmacht befugt, H. G. B. Art. 42 Abs. 1, ebenso Handlungsbevollmächtigte falls Verträge mit der Kompromißklausel in den ihnen übertragnen Geschäften verkehrsüblich ist. Proceßbevollmächtigte haben auch nach der R. C. P. O. nicht als solche das Recht zu Schiedsverträgen.

8) cap. 12. X. de arbitr. 1, 43.

9) Buchka und Budde Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Rostock II. S. 183 ff. Windscheid II. §. 416. Anm. 17. Vergl. freilich auch Puchta Pand. §. 296 a. E.

10) Entsch. des O. Trib. Bd. 10 S. 241. Bd. 51 S. 351 und an anderen Orten. R. O. H. G. Bd. 7 S. 330. Bd. 17 S. 250.

11) Entsch. Bd. 37 S. 322.

12) Ist in einem Kompromißvertrag verabredet, daß das Schiedsgericht durch Auswahl aus mehreren namhaft gemachten Personen konstituirt werden soll, und eine derselben stirbt, so kann begreiflich derjenige, welcher seinerseits die Auswahl noch nicht getroffen hat, vom Kompromiß zurücktreten.

Digitized by Google

seitiger Verhandlung von dem zuständigen Gericht ernannt, sofern die Gegenpartei die Ernennung nicht inzwischen nachholt. Es wird ferner ein Schiedsvertrag, welcher Bestimmungen über die Ernennung von Schiedsrichtern überhaupt nicht enthält, vom Gesetz dahin ergänzt, daß von jeder Partei ein Schiedsrichter zu ernennen ist.[13]

Was die Fähigkeit zum Schiedsrichteramte anlangt, so hat die römische Jurisprudenz nicht wenige Personen für ungeeignet zu diesem Amte erklärt, so namentlich Leute unter zwanzig Jahren, Taube, Stumme, Wahnsinnige, Frauen.[14] Nach den Bestimmungen des preußischen Rechts sind hingegen alle Personen, über die sich die Parteien vereinigen, an sich fähig, wenn sie die nöthigen Kenntnisse zur Entscheidung besitzen, was schlechthin nicht anzunehmen ist nur bei Kindern und bei Geisteskranken.[15] Unfähig ist aber auch, wie nach römischem Rechte, zur Ausübung des Schiedsrichterberufs eine der Parteien selbst, da zum Richten eine Stellung über den Parteien gehört.[16][17]

Zu unterscheiden von der Frage der Fähigkeit ist die, welche Wahl sich der Gegner gefallen lassen muß, wenn die Niedersetzung eines Schiedsgerichts, sei es in Folge eines pactum de compromittendo, sei es nach Statut oder Gesetz, erst vollzogen werden soll.[18] Das Gesetz wegen des Wasserstaues bei Mühlen und Verschaffung von Vorfluth vom 15. November 1811 §§. 28 und 29 bestimmt in dieser Hinsicht, daß zu Schiedsrichtern nur unbescholtene, dispositionsfähige, sachkundige Männer gewählt werden können, die als Zeugen für und wider die Parteien mit voller Kraft vor Gericht könnten zugelassen werden. Diese Vorschriften sind nicht etwa aus

13) R. C. P. O. §§. 854. 855. Jede Partei ist an ihre Ernennung gebunden, wenn dem andern Theil deren Anzeige zugestellt wurde. — Die bezüglichen Bestimmungen der R. C. P. O., insbesondre §§. 854. 855 haben auf Kompromisse, die vor Inkrafttreten dieser Ordnung geschlossen sind, keine Anwendbarkeit.

14) l. 9. §. 1. l. 41. D. h. t. 4, 8. l. 6. C. h. t.

15) A. G. O. I. 2. §. 169. So auch nach der R. C. P. O. — Analphabeten sind keineswegs schlechthin unfähig.

16) l. 51. D. h. t. 4, 8, vgl. oben §. 142 Anm. 2. Nach gemeinem und preußischem Rechte kann man auch auf den ordentlichen Richter kompromittiren, was die römischen Gesetze verboten, l. 9. §. 2. D. h. t. 4, 8, damit die Richter nicht, indem sie die Parteien indirekt nöthigten, auf ihre Person zu kompromittiren, sich von den gesetzlichen Formen und Schranken befreiten.

17) Gewöhnlich behauptet man, daß Schiedsverträge, durch welche ein „Gericht" oder eine „Korporation" zu Schiedsrichtern bestimmt werden, unverbindlich seien, weil die moralische Person als solche nicht Recht sprechen könne. Vgl. R. O. H. G. Bd. 2 S. 269 ff. Dies ist nicht gerechtfertigt, da die Meinung ist, daß die jeweiligen Richter, beziehentlich die Personen, welche die Korporation vertreten, schiedsrichterlich entscheiden sollen. Das Kompromiß auf den Gerichtsvorsitzenden erklärt für gültig R. O. H. G. Bd. 17 S. 252. Auch will Entsch. des O. Trib. Bd. 51 S. 355 das Kompromiß auf das Gericht dann für gültig ansehen, wenn dasselbe auf landesherrlich bestätigtem Statut beruht.

18) Siehe Hagen in Ulrichs Archiv Bd. 3 S. 472 ff.

Digitized by Google

der Eigenthümlichkeit der Bewässerungssachen zu erklären, sondern sprechen ein allgemeines Princip aus. Niemand ist daher z. B. gehalten, einen Minderjährigen oder auch einen Rechtsanwalt, welcher der Gegenpartei bereits in der Sache bedienstet war, oder Jemanden, der die bürgerlichen Ehrenrechte verloren hat, als Schiedsrichter anzunehmen. Namentlich braucht man aber nach besonderer Bestimmung einen im Auslande Wohnenden als Schiedsrichter nicht anzunehmen.[19]

Die R. C. P. O. verstattet die Ablehnung von Frauen, Minderjährigen, Tauben, Stummen und von Personen, die nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte sind, sowie solcher, welche als Richter in der Sache abgelehnt werden könnten.[20]

Verpflichtet, das Schiedsrichteramt zu übernehmen, ist in der Regel Niemand. Wer aber die Ausfällung des Schiedsspruchs übernommen hat — durch das sogenannte Receptum — kann auf Erfüllung verklagt werden.[21] Im Falle wesentlicher Veränderung der Umstände kann der Schiedsrichter sich auch bei uns exkusiren, trotzdem, daß er die Uebernahme des Schiedsspruchs erklärt hat.[22] Nach der R. C. P. O. findet eine Klage auf Ausfällung des Spruchs nicht statt.[23]

Was die Endigung des Kompromisses anlangt, so erlischt dasselbe, wenn ein hinzugefügter Termin für die Aburtheilung vor Austrag der Sache abgelaufen ist. Ferner tritt, sofern nicht für den Fall anderweite Vorsorge getroffen ist, der Schiedsvertrag, in welchem bestimmte Schiedsrichter bezeichnet waren, außer Kraft, falls einer derselben durch Tod oder aus anderm Grund, z. B. Geisteskrankheit, wegfällt, die Uebernahme des Amts verweigert, die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert,[24] nach der Bestim-

---

19) Anh. §. 41 zu A. G. O. I. 2. §. 169, dem Reskripte vom 25. Januar 1798 entnommen. Haben sich die Parteien über einen Ausländer als Schiedsrichter vereinigt, ohne daß ein Irrthum über diese Qualität unterlief, so können sie das Kompromiß nicht anfechten. So auch R. O. H. G. Bd. 10 S. 397. Auf Angehörige des deutschen Reichs bezieht sich die Bestimmung überhaupt nicht.

20) R. C. P. O. §. 858.

21) Vergl. aber Gruchot I. S. 481. Archiv für Rechtsfälle Bd. 27 S. 158.

22) Nach römischem Rechte wurde der Schiedsrichter, der die Ausfällung des Spruches übernommen hatte, zur Durchführung der Verhandlung und zur Entscheidung durch Strafen gezwungen, l. 32. §. 12. D. h. t. 4, 8.

23) Gemäß R. C. P. O. §. 859 tritt der Schiedsvertrag außer Kraft, wenn der in dem Vertrag bestimmte Schiedsrichter „von dem mit ihm geschloßnen Vertrag zurücktritt." Es liegt dem der Gedanke zu Grunde, daß ein Zwang gegen den Schiedsrichter nicht stattfindet. Unrichtig ist es also, wenn Koch und Struckmann zum §. 859 interpretirend hinzufügen „und auch durch Klage und Exekution nicht zum Spruch vermocht werden kann."

24) Das O. Trib. erkennt Entsch. Bd. 19 S. 96 ff. — vgl. oben §. 142 Anm. 7 — das Rücktrittsrecht nur an, wenn der Schiedsrichter nach angestrengtem Proceß und fruchtloser versuchter Exekution nicht vermocht werden kann, seinen Spruch zu fällen.

Digitized by Google

mung der R. C. P. O. auch, wenn er vom übernommenen Amt zurücktritt.[25] Waren die Schiedsrichter nicht von vornherein im Kompromißvertrag bestimmt, so hat bei Nichteintritt oder Wegfall von demnächst Ernannten Ergänzung einzutreten, soweit Vorkehrung für diesen Fall getroffen ist; nach der R. C. P. O. muß das dort vorgesehene Ergänzungsverfahren eintreten.[26] Tod oder Konkurs einer der kompromittirenden Parteien ist nicht,[27] wie nach römischem Recht,[28] Erlöschungsgrund.

§. 144. Die Verhandlung. Der Schiedsspruch.

Ueber die Form der Verhandlung vor dem Schiedsgerichte bestimmt das Ermessen des Schiedsrichters, insofern er die wesentlichsten Proceßgrundsätze hierbei wahrt. Derselbe kann also mündliches oder schriftliches Verfahren vorschreiben, ferner die Weise der Erhebung der Beweise nach seinem Ermessen bestimmen.[1] Jedoch ist unerläßlich, daß er beiden Theilen das rechtliche Gehör vollständig gewähre, also ihnen Gelegenheit gebe, ihre relevanten Behauptungen sämmtlich vorzubringen und zu beweisen.[2] Kontumacialfolgen kann er mit Wirkung androhen, da hierin eine Entziehung des rechtlichen Gehörs nicht liegt.[3] Die Schiedsrichter sind befugt das Verfahren fortzusetzen und den Schiedsspruch zu erlassen, auch wenn die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens von einer Seite behauptet, insbesondre die Existenz eines rechtsgültigen Schiedsvertrags bestritten wird, sie können aber auch das Verfahren sistiren, bis über ihre Kompetenz durch den ordentlichen Richter entschieden ist.[4] Eide kann der Schiedsrichter zwar nicht selbst abnehmen, wohl haben aber die ordentlichen Gerichte, da die Institution des Schiedsgerichts rechtlich anerkannt ist, desfallsigen Anträgen nachzugeben und die Parteien oder Zeugen zu vereidigen.[5] Auch hinsichtlich des materiellen

---

R. C. P. O. §. 859 läßt das Kompromiß außer Kraft treten, wenn der im Kompromißvertrag bestimmte Richter seine Pflicht vernachlässigt.

25) R. C. P. O. §. 859.

26) R. C. P. O. §. 857.

27) So Entsch. des O. Trib. Bd. 45 S. 435 ff. Das Gleiche gilt nach der R. C. P. O.

28) l. 27. §. 1. l. 32. §. 3. l. 49. §. 2. D. h. t. 4, 8.

1) Vgl. Hagen in Ulrichs Archiv Bd. 3 S. 445. R. C. P. O. §. 860 Abs. 1.

2) So auch R. C. P. O. §. 867 unter 4.

3) Archiv für Rechtsfälle Bd. 39 S. 347. Dagegen Daniels Handbuch Bd. 1 S. 315 Anm. 2.

4) So R. O. H. G. Bd. 2 S. 164, insbesondre S. 199 ff. Anders das O. Trib. Entsch. Bd. 33 S. 168. Der aus A. G. O. I. 2. §. 176 hergeleitete Grund des O. Trib. ist nicht durchschlagend. Uebereinstimmend mit dem Satze des Textes R. C. P. O. §. 863.

5) Gruchot Beitr. Bd. 2 S. 213. Nach der R. C. P. O. §. 862 bedarf es des Antrags einer Partei bei Gericht auf Grund des schiedsrichterlichen Beschlusses.

Digitized by Google

Rechtes ist es dem Schiedsrichter ermöglicht, in hohem Grade noch als dies der gewöhnliche Richter vermag, Rücksichten der Billigkeit nachzugeben, da dies die Parteien offenbar wollen, indem sie ihre Streitigkeit der Beurtheilung im gewöhnlichen Rechtswege entzogen.

Die Schiedssprüche sind durch die absolute Mehrheit der Schiedsrichter zu fassen, die sämmtlich bei der Beschlußnahme anwesend sein müssen.[6] Kommt es zu keinem Mehrheitsschlusse, so haben die Parteien, und wenn diese sich nicht vereinigen, die Schiedsrichter nach preußischem Recht einen Obmann zu wählen. Ist auch zwischen den Schiedsrichtern ein Einverständniß über die Wahl nicht zu erreichen, so löst sich das Kompromiß auf.[7] Nach der R. C. P. O. haben die Schiedsrichter, abgesehen von ausdrücklicher Vereinbarung, nicht das Recht, einen Obmann zu wählen, das Kompromiß löst sich daher, im Fall eine absolute Mehrheit nicht zu erreichen ist, auf.[8]

Da das Schiedsgericht an die Stelle des ordentlichen Gerichts tritt, so hatte die Idee eine gewisse Basis, daß sein Spruch nur das Urtheil erster Instanz ersetzt und daß an sich Appellation möglich ist, für deren Einlegung, im Anhalt an justinianische Bestimmungen, eine Frist von zehn Tagen nach eröffnetem Ausspruche[9][10] gesetzt ist. Möglich ist aber auch und geschieht gewöhnlich, daß die Parteien sich ausdrücklich verpflichten, den Aus-

---

6) A. G. O. I. 2. §. 170. Wenig inneren Zusammenhang hat l. 17. §§. 5. 6. D. h. t. 4, 8. Es scheint, daß Ulpian noch die Ernennung eines Obmannes durch die Schiedsrichter für unzulässig hielt und daß die Worte: sed usitatum est, etiam in duos compromitti et debet praeter cogere arbitros, si non consentiant tertiam certam eligere personam, cujus auctoritati pareatur eine nachulpianische Glosse bilden, welche in den Text herübergenommen wurde.

7) Daniels Handbuch I. S. 314 nimmt hingegen an, daß von dem einen durch Uebereinkunft oder äußersten Falls durch das Loos zu bestimmenden Theile der Dissentienten mehrere qualificirte Personen vorzuschlagen seien, aus welchen der wirkliche Obmann von dem andern Theile zu erwählen sei. Dies erscheint uns als willkürlich und von der unbegründeten Voraussetzung ausgehend, als müsse es unbedingt zu einem Schiedsurtheil kommen.

8) R. C. P. O. §. 859 Abs. 2. Durch diese Bestimmung wird der Zwang der R. C. P. O. gegen die Parteien zur Ernennung von Schiedsrichtern bei imperfekten Schiedsverträgen illusorisch. Es ist jedem, der mit schiedsrichterlichem Verfahren zu thun hatte, bekannt, daß die von den Parteien ernannten Schiedsrichter in der Regel nicht viel Andres sind, als deren Anwälte, die Entscheidung fällt daher dem Obmann zu. Nun zwingt die R. C. P. O. den Theil, welcher das Schiedsgericht nicht mehr will, gleichwohl einen Schiedsrichter zu ernennen, er wird in der Regel Parteigänger seiner Sache ernennen und das Ende des in das Werk gesetzten Verfahrens sein, daß die Sache am Schluß wieder an dem Punkt steht, von dem sie ausgieng.

9) Das Obertribunal hat Entsch. Bd. 47 S. 328 angenommen, daß die Frist erst von dem Augenblicke an laufe, in welchem den Parteien nicht nur das Erkenntniß, sondern auch dessen Gründe eröffnet sind. Dies mit Recht, da die Entscheidungsgründe einen wesentlichen Theil des Urtheils bilden. — Die zehn Tage sind nach Analogie der l. 5. C. h. t. angenommen worden.

10) A. G. O. I. 2. §. 172. Gruchot Bd. 9 S. 29 ff.

Digitized by Google

spruch des Schiedsrichters ohne Widerrede gelten zu lassen, s. g. Laudum, wodurch sie auf die Appellation verzichten. Nach der R. C. P. O. hat der Schiedsspruch die Kraft eines rechtskräftigen Urtheils, Berufung ist schlechthin ausgeschlossen.[11]

Gegen den Schiedsspruch steht nach dem derzeitigen preußischen Recht innerhalb der Zeit von zehn Tagen nach Eröffnung des Urtheils die Nichtigkeitsklage offen, wenn das rechtliche Gehör versagt war oder gegen klares Landesgesetz erkannt ist; sie hat Suspensiveffekt; auch ist die Nullitäts- und Restitutionsklage wie gegen Urtheile ordentlicher Gerichte zulässig,[12] dieselben entbehren aber des Suspensiveffekts. Die R. C. P. O. hat folgende Bestimmungen:[13] Anfechtung des Spruchs ist bis zu seiner Bekräftigung durch gerichtliches Vollstreckungsurtheil verstattet, wenn das Verfahren unzulässig[14] war oder einer Partei die gehörige Vertretung fehlte, ferner wenn das rechtliche Gehör versagt und wenn der Schiedsspruch nicht mit Gründen versehen war — es sei denn dies vertragsmäßig erlassen —, endlich wenn der Spruch Verbotnes auflegt. Außerdem ist Restitution, wie gegen ein ordentliches Erkenntniß zulässig, nur nicht wegen später aufgefundener Urkunden. Wird die Restitution nach dem gerichtlichen Vollstreckungsurtheil versagt, so ist glaubhaft zu machen, daß die Anfechtung schuldloserweise nicht vorher geltend gemacht werden konnte, sie ist an die Nothfrist eines Monats von Kenntniß des Anfechtungsgrundes an gebunden und verjährt in zehn Jahren nach Rechtskraft des Vollstreckungsurtheils.

Auf Grund des Schiedsgerichts kann Exekution bei dem ordentlichen Gerichte nachgesucht werden, die auf Grund der Einreichung des Kompromisses und des Schiedsspruches gewährt wird.[15] Die R. C. P. O. fordert ein gerichtliches Vollstreckungsurtheil, welches erlassen wird, nachdem in kontradiktorischem Verfahren die Rechtskraft des Schiedsspruchs festgestellt ist.[16]

---

11) R. C. P. O. §. 866.

12) Dagegen die Nichtigkeitsbeschwerde aus der Verordnung vom 14. December 1833 findet nicht statt, Präj. n. 362.

13) R. C. P. O. §. 867 ff.

14) Cfr. l. 32. §. 15. D. h. t. 4, 8. l. 46. D. eod.

15) A. G. O. I. 2. §. 176. Im Fall eines Einspruchs des Exequendus gegen die Gültigkeit des Kompromisses ist die Exekution bis zum Austrag des Streites zu sistiren.

16) R. C. P. O. §§. 868. 871.

Digitized by Google

VI. Sicherung gefährdeter Ansprüche durch den Richter.

§. 145. Einleitung.

Häufig ist die Möglichkeit der Fällung einer rechtskräftigen Entscheidung und damit deren Verwirklichung durch Exekution noch in weiter Ferne, während sich schon jetzt das Bedürfniß eines Schutzes gegen Gefährdungen geltend macht, ohne welchen auch der günstige künftige Spruch dereinst praktisch erfolglos sein müßte. In solchen Fällen hat das Richteramt für die Sicherung der angeblichen Rechte im voraus zu sorgen.

Dies geschah aber bei den Römern, ihren allgemeinen Rechtsauffassungen entsprechend,[1] regelmäßig mittels eines von den Parteien vollzogenen, von der Obrigkeit nöthigenfalls erzwungenen, Rechtsgeschäfts, indem nämlich der Beanspruchte dem Gegner eine Kaution, d. h. ein diesen sicherndes Versprechen leistete, für welches Bürgen eintraten. Nach den Bestimmungen des klassischen römischen Rechts konnte sogar der Kläger ohne Rücksicht auf die konkreten Umstände bei gewissen Kategorien von Klagen schlechthin Kaution mit der Einleitung des Processes fordern. Insbesondere war dies bei der rei vindicatio und bei anderen dinglichen Klagen der Fall, so daß der Beklagte, welcher die Kaution nicht leistete, sofort außer Besitz gesetzt werden konnte.[2] Es erklärt sich hieraus, wie hier hervorgehoben werden kann, ein beachtenswerther Unterschied der römischen und der modernen Klagweise. In Rom pflegte der Kläger, welchem eine rei vindicatio und außerdem eine persönliche Klage, z. B. aus einem Mandat, einer Miethe oder einem Kommodat zur Wiedererlangung seiner Sache zu Gebote stand, meist die dingliche Klage zu wählen, da ihm im Falle ihrer Anstellung sofortige Sicherheit für die dereinstige Restitution zu leisten war. Bei uns hingegen, nachdem der Vortheil der Sicherstellung der Vindikation durch Kaution weggefallen ist, wird Kläger im Falle einer Konkurrenz der dinglichen und persönlichen Klage die letztere wählen, bei welcher der Beweis leichter als bei der dinglichen Klage ist; daher denn eine Eigenthumsklage in Bezug auf bewegliche Sachen bei uns so unvergleichlich seltener ist, als in Rom.[3]

---

1) Vgl. oben §. 68.

2) Gaj. Inst. IV. §. 89. Anders freilich schon das justinianische Recht §. 2. J. de satisdat. 4, 11.

3) Mit dem Seltnerwerden der rei vindicatio hängt das Verschwinden der actio ad exhibendum in unserm Rechte zusammen. Der Römer, welcher die ihm zugehörige Sache vindicirte, mußte von vornherein die Merkmale ihrer Identität aufs Genaueste angeben, und dies namentlich auch aus dem Grunde, damit die Verpflichtung der Bürgen, welche für das judicatum solvi eintraten, speciell festgestellt sei. Zu diesem Zwecke vornehmlich pflegten die Römer die actio ad exhibendum zu benutzen, durch welche man die Vorzeigung der fraglichen Sache herbeiführte. Daher

Digitized by Google

Heutzutage geschieht die Sicherung gefährdeter Rechte durch den Richter nur ausnahmsweise mittels einer Kaution, die dem Verklagten zu leisten aufgegeben wird, der modernen Praxis sagen dergleichen indirekte Wege nicht zu.[4] Vielmehr pflegt bei uns der Richter unmittelbar durch eigene Maßnahmen für die Sicherstellung des bedrohten Berechtigten zu sorgen. Namentlich dienen hierzu Arrest und Sequestration, von denen jetzt zu handeln ist, so daß wir jedoch den Personalarrest, welcher die Vermögenslage des Arrestaten nicht ändert, hier nicht darzustellen haben.[5]

§. 146. Der Realarrest.[1]

Der Realarrest bezweckt die Sicherung der künftigen Zwangsvollstreckung für gefährdete Vermögensansprüche durch ein gerichtliches Verbot, welches die Veräußerung und Verfügung über die arrestirten — verkümmerten — Objekte untersagt. Arrest ist zulässig auch wegen betagter und bedingter Ansprüche.[2] Arrestgrund ist die Gefahr, daß ohne die Verfügung die Vollstreckung des Urtheils vereitelt oder wesentlich erschwert würde, es ist zureichender Arrestgrund, wenn das Urtheil im Ausland vollstreckt werden müßte.[3]

Zu unterscheiden ist die entfernte und die dringliche Gefahr. Bei der entfernten Gefahr fordert das preußische Verfahren Bescheinigung der zu sichernden Forderung und Darlegung der Gefährdung durch deutliche, bestimmte und an sich erhebliche Angaben, bei der dringlichen Gefahr genügt die bloße Angabe der Forderung und die Anzeige der die gegenwärtige Gefahr begründenden Umstände unter Angabe der Beweismittel für dieselben, vorausgesetzt, daß der Arrestleger Kaution zur Deckung der aus der Verkümmerung sich

---

äußert Ulpian in l. 1. D. ad exhibendum 10, 4: haec actio perquam necessaria est et vis eius in usu quotidiano est et maxime propter vindicationes inducta est. Bei uns hingegen pflegt man mit der persönlichen Klage über die Verpflichtung zur Herausgabe der Sache zu processiren, ohne daß deren körperliche Identität von vornherein irgendwie festgestellt wird. Eine actio ad exhibendum ist daher entbehrlich und kommt fast nur in Pandektencompendien noch vor. Hinterher erst in der Exekutionsinstanz pflegt die Frage des Objekts, welches dem Kläger zugesprochen ist, zum Worte zu kommen.

4) Eine cautio de non turbando findet sich vorgeschrieben L. R. I, 7. §§. 152. 153.

5) Vgl. unten Bd. 2 §. 108.

1) Vgl. A. G. O. I. Tit. 29. Strey die Lehre von den Arresten nach preußischem Recht. R. C. P. O. §. 796. — Das Institut des Arrestes wurzelt im deutschen Recht, vgl. insbesondre Meibom das deutsche Pfandrecht 1867 S. 147 ff.

2) Die R. C. P. O. erwähnt §. 796 Abs. 2 nur der betagten Forderung. Die bedingten sollten damit nicht ausgeschlossen werden, Arrest sollte soweit anerkannt werden, als ein Anspruch auf Sicherstellung im Fall der Gefährdung besteht.

3) R. C. P. O. §. 797. Das ist auch die der Entsch. des O. Trib. Bd. 35 S. 464 zu Grunde liegende, wenn auch nicht genügend formulirte Auffassung.

Digitized by Google

möglicherweise ergebenden Nachtheile stellt.[4] Die R. C. P. O., ohne beide Fälle scharf zu sondern, fordert Glaubhaftmachung des Anspruchs und des Arrestgrunds, gestattet auch Sicherheitsstellung vom Arrestimploranten zu fordern; und stellt dem Gericht anheim — in dringlichen Fällen auch wenn der Anspruch oder der Arrestgrund nicht glaubhaft gemacht ist, den Arrest anzuordnen, sofern Sicherheit geleistet wird.[5]

Besitzer von Immobilien im Inland sollen in der Regel dem Arrestschlag nicht unterworfen sein,[6] das Reichsrecht kennt diesen Satz nicht, sondern beläßt es beim richterlichen Ermessen.[7]

Arrestirt können werden Objekte jeder Art, Immobilien, wie Mobilien, welche dem Arrestaten gehören.[8 9] Wird der Arrest auf Grundstücke gelegt, so bedarf es, um seine Wirksamkeit zu sichern, der Eintragung in das Grundbuch, welche der Richter zu veranlassen hat.[10] Die Verkümmerung von Mobilien[11] geschieht durch Zustellung des Arrestbescheids an den Arrestaten; wird eine Forderung arrestirt, so wirkt der Arrest dem Drittschuldner gegenüber nur, wenn auch diesem der Arrestbefehl zugestellt ist,[12] indossable und Inhaberpapiere sind nur durch Anhaltung des Papiers mit Arrest zu belegen, da andernfalls der Schuldner trotz des Arrests verpflichtet und berechtigt bleibt, dem Indossatar oder dem Inhaber des Papiers zu zahlen.[13] Nach der R. C. P. O. erfolgt die Arrestirung von Mobilien nur durch Pfändung, indem der Gerichtsvollzieher die körperliche Sache, das Inhaberpapier oder die indossable Urkunde in Besitz nimmt oder wenigstens durch

---

4) A. G. O. I, 29. §. 30 ff.

5) R. C. P. O. §§. 800. 801. Vgl. über gemeines Recht Bayer summarische Processe §. 32 Anm. 4.

6) A. G. O. I, 29. §. 10. Die dort aufgeführten Ausnahmen machen die Regel illusorisch.

7) Personen, welche der Exterritorialität genießen, unterliegen nicht dem Arrestschlag nach Anhang §. 201 zu A. G. O. I, 29. §. 90. und allgemeinen Grundsätzen, ebenso regierende deutsche Fürsten nach dem citirten Anhang, welcher aber mit dem Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze kraftlos wird.

8) R. C. P. O. §. 796. Bestehenden Rechten Dritter kann der Arrest nicht präjudiciren.

9) Objekte, die der Exekution entzogen sind, können auch nicht arrestirt werden nach allgemeinen Grundsätzen und R. C. P. O. §. 808, vgl. unten Bd. 2 §. 109. Specielles enthält A. G. O. I, 29. §. 15, der künftig wegfällt.

10) Vergl. R. C. P. O. §. 811.

11) R. C. P. O. §§. 810. 712.

12) A. G. O. I, 29. §. 84 ff.

13) Auch bei gewöhnlichen Forderungen bringt es die processualische Bedeutung der Schuldurkunde mit sich, daß der Richter im Falle der Verkümmerung die erforderlichen Verfügungen trifft, damit das Schuldinstrument bis zum Austrag der Sache in das gerichtliche Depositum abgeliefert werde, nur schadet es der Geltung des Arrestes nicht, wenn dies, wie häufig, nicht erreichbar ist. A. G. O. I, 29. §. 54.

Digitized by Google

wüste, z. B. Balken aushaue, Thüren, Fenster, Oefen demolire, einen Forst niederschlage oder Obstbäume aushaue, so ist er befugt, auch Sequestration zu fordern.[3] Handelt es sich um Mobilien, so ist stets dann, wenn die Voraussetzungen des Arrestschlags vorhanden sind, auch Sequestration gerechtfertigt.[4] Sequestrirt werden kann auch eine Person, in Ansehung deren gewisse Rechte streitig sind, z. B. ein Kind, hinsichtlich dessen die Befürchtung besteht, daß dasselbe von einem der im Ehescheidungsprocesse begriffenen Eltern weggebracht würde.[5]

Die Sequestration dient übrigens nicht nur als Sicherungsmittel, sondern auch als Exekutionsmittel.

Der Richter soll bei der Bestimmung der Person eines Sequesters für mäßige Sorgfalt sowohl hinsichtlich der Auswahl, als auch der Aufsicht haften.[6] [7]

---

3) Koch Kommentar zu L. R. I, 14. §. 92.
4) A. G. O. I, 29. §. 83. Dies ist auch nach der R. C. P. O. anzunehmen.
5) L. R. I, 14. §§. 107. 108. Vergl. L. R. II, 2. §. 91.
6) A. O. G. I, 24. §. 116.
7) L. R. I, 14. §§. 100. 106.

Digitized by Google

Fünfter Abschnitt.

Besitz und Verjährung.

Erstes Kapitel.

Die Lehre vom Besitz.[1]

I. Allgemeines.

§. 148. Gewahrsam und Besitz.

Die Gewahrsam einer Sache hat, wer dieselbe in äußerlich erkennbarer Weise seiner thatsächlichen Verfügung bereit stehen hat, Besitzer ist, wer die Absicht hat, für sich diese Verfügungsmacht auszuüben.[2]

Für den Begriff der Gewahrsam, wie des Besitzes im eigentlichen Sinne ist eine gegenwärtige leibliche Einwirkung auf das Besitzobjekt weder erforderlich, noch genügend. Ist doch das menschliche Individuum stets nur zeitweise und in sehr begrenztem Maße befähigt, eine unmittelbare physische Herrschaft über die Außenwelt auszuüben;[3] die Besitzverhältnisse charakteri-

1) Vgl. L. R. Theil I. Tit. 7: „Von Gewahrsam und Besitz;" ferner die Vorarbeiten der Redaktoren des Landrechts zu diesem Titel, die sogenannten Materialien in Simon und Stramff Zeitschrift Bd. III. S. 1—390, und Studien zur Lehre vom Besitz, ebendaselbst S. 602 ff. Von anderer Litteratur siehe noch Koch Besitz nach preuß. Rechte 2. Aufl. 1839. Gruchot IV. S. 312—340. V. S. 291 bis 350. S. 467—536. Savigny das Recht des Besitzes, 7. Aufl., herausgegeben von Rudorff 1865. Bruns das Recht des Besitzes im Mittelalter, 1848, die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts 1874. Lenz das Recht des Besitzes, 1860. Randa Besitz nach österr. Rechte, 2te Aufl. 1876. Ihering über den Grund des Besitzesschutzes, 2te Aufl. 1869. Meischeider Besitz und Besitzschutz 1876.

2) Die Legaldefinitionen siehe L. R. I, 7. §. 1—5. Gewahrsam ist nur vorhanden im Fall einer psychischen Betheiligung, also einem auf dieselbe gerichteten Willen des Detinenten, vgl. Bruns Besitz S. 465 ff. Wenn L. R. I, 7. §. 138 demjenigen Gewahrsam zuschreibt, der eine Sache hat, ohne es zu wollen oder zu wissen, also auch dem Schlafenden, dem man eine Sache in die Hand gegeben hat, so hat eine solche Innehabung doch keinerlei juristische Bedeutung. A. Ansicht Randa S. 10.

3) Es war daher ein Fehlschluß des Juristen Paulus, wenn er in der l. 14. pr. D. de servitutibus 8, 1, um den Besitz von Weggerechtigkeiten zu leugnen, äußert: ... tales sunt servitutes, ut non habeant certam et continuam possessionem, nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. Mit dem Sachbesitz an Grundstücken verhält es sich offenbar nicht anders.

Digitized by Google

siren sich aber dadurch, daß sie nicht bloß augenblickliche, sondern dauernde, auch in die Zukunft hinein sich erstreckende Beziehungen begründen.[4] In unserer Gewahrsam ist also ein zahmes Thier, etwa unser Hund, welcher augenblicklich frei auf der Straße umherläuft, falls er nur die Gewohnheit hat, zu uns zurückzukehren, trotzdem daß im Moment das Verhältniß thatsächlicher Herrschaft über denselben nicht stattfindet. Dagegen hat der Waldhüter, welcher eine Forst bewacht, nicht die Gewahrsam über das dort geschlagene Holz, so wenig wie der Arbeiter, der es behaut und aufschichtet, trotz der gegenwärtigen körperlichen Einwirkung auf das Objekt.[5] Das Wesentliche ist demnach, daß die Sache in eine Lage gebracht sei, in welcher wir mit Sicherheit auf die thatsächliche Verfügung über dieselbe zählen können. Und zwar muß diese Sicherheit nicht gerade eine absolute sein. Es genügt vielmehr eine solche, wie sie überhaupt in menschlichen Verhältnissen gefordert werden kann, so daß man nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge erwarten darf, den entsprechenden Gebrauch von der Sache machen zu können.[6] Hierzu bedarf es außer dem Schutze gegen das Spiel der Naturkräfte, insbesondere der Sicherung gegen die widerstrebende Einwirkung fremder Rechtssubjekte. Gegen solche Eingriffe nun schützen uns im Kulturstaate nicht vorzugsweise Schloß und Riegel. Vielmehr sind von höherem Gewichte moralische Mittel. Vor allem die natürliche Scheu Dritter, die thatsächliche Sphäre unsers Lebens und Wirkens anzutasten, dann der Respekt vor der Rechtsordnung, welche, indem sie die thatsächlich gegebene Gewahrsam und den Besitz schützt, ihnen durch solche Anerkennung höhere Festigkeit gewährt.[7] Darum ist es aber auch für den Besitz unerläßlich, daß es nach der Lage der Sache Dritten erkennbar sei, daß die fragliche Sache zur Verfügung eines Rechtssubjekts stehe.

In diesem Allen, wie es in der Natur der Sache begründet ist, besteht keine Verschiedenheit des heutigen und des römischen Rechts. Dagegen finden

---

4) l. 3. §. 13. D. de a. v. o. p. 41, 2. ... hactenus possideri, quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possumus.

5) Entsch. des O. Trib. Bd. 30 S. 354. Wer kommodirtes fremdes Geld in seine Kasse legt, um sich über Geldbesitz auszuweisen, hat keine Gewahrsam, falls der Kommodant während der Kassenrevision gegenwärtig bleibt, um es dann zurückzunehmen. Unrichtig Entsch. des O. Trib. Bd. 62. S. 7*.

6) Ich besitze z. B. weit entlegene, durch Grenzzeichen bezeichnete, oder sonst ersichtlich in Kultur genommene Grundstücke, etwa Waldungen, Sommerweiden im Gebirge, obgleich sie Tagereisen weit entfernt von meinem und meiner Leute Wohnsitz sind, so lange mir voraussichtlich nichts im Wege steht, denjenigen Gebrauch von ihnen zu machen, zu dem sie bestimmt sind. Dagegen eine Brieftasche, die ich in jenem Walde liegen ließ, besitze ich nach meiner Entfernung nicht mehr, denn wenn auch die Möglichkeit existirt, sie wieder zu finden, so ist dies doch nur eine Hoffnung, auf die ich nicht bauen kann.

7) Vgl. auch Ihering l. c. S. 183.

Digitized by Google

sich in unserm Rechte Abweichungen vom römischen hinsichtlich der Abgrenzung der Begriffe von Gewahrsam und Besitz.

Das römische Recht nahm an, der Miether und der Pächter einer Sache habe bloß eine Detention für den Vermiether und Verpächter.[8] Nach unserm Rechte hingegen schreibt man dem Miether und Pächter, welcher allerdings auch bei uns den Vermiether im Besitze vertritt, daneben Miethbesitz in eigenem Namen zu. Es steht in einem innern Zusammenhange hiermit, daß der Miether und Pächter bei uns ein dingliches Recht an der gemietheten Sache erhält, falls er in den Besitz der Miethsache gekommen ist, was nach römischem Rechte bekanntlich nicht der Fall war. Umgekehrt war nach römischer Konsequenz juristischer Besitzer selbst der Dieb. Das Landrecht hingegen betrachtet gemäß einer weit verbreiteten älteren gemeinrechtlichen Theorie[9] denjenigen, welcher einen Besitz in formell ungerechtfertigter Weise durch gewaltsame, betrügliche, heimliche[10] Handlungen erworben hat, als bloßen Inhaber,[11] indem es die Fiktion aufstellt, daß der frühere Besitz in solchen Fällen fortdauere. Auch der Sequester und der Prekarist gelten bei uns stets als bloße Inhaber,[12] abweichend vom römischen Rechte,[13] nach dessen Bestimmungen sie bald juristischen Besitz, bald bloße Gewahrsam hatten. Hervorzuheben aber ist hierbei, daß die Rechte des Inhabers bei uns ausgedehnter sind, als nach römischem Rechte, da der bloße Inhaber Besitzesschutz hat, was nach römischem Rechte nicht der Fall war.[14]

§. 149. Eintheilungen des Besitzes.

Der Besitz im eigentlichen Sinne — mit dem wir uns nun vorzugsweise beschäftigen — kommt um seiner selbst willen in Betracht, indem er

---

8) l. 25. §. 1. D. de a. vel. o. p. 41, 2.

9) L. R. I, 7. §. 96 ff. Schon italienische Juristen nahmen an, im Falle einer Dejektion habe der Dejicirte civilis, der Dejicient bloß naturalis possessio. Vgl. Bruns in Bekker's Jahrb. Bd. 4 S. 48.

10) Die Heimlichkeit bestimmt sich durch die Absicht des Erwerbers, hinter dem Rücken des bisherigen Besitzers zu handeln. Die Besitzergreifung ist nicht heimlich, wenn sie dem bisherigen Besitzer nur in Folge der eigenen Sorglosigkeit oder der seiner Leute unbekannt blieb. L. R. I, 7. §. 98 ff.

11) Das österreichische Gesetzbuch §. 345, von ähnlichen Gesichtspunkten ausgehend, nennt einen solchen Besitz einen „unechten."

12) L. R. I, 21. §. 231.

13) l. 17. §. 1. D. depositi 16, 3. l. 39. D. de a. v. o. p. 41, 2. l. 4. §. 1. D. de precario 43, 26. l. 10. §. 1. D. de a. v. o. p. 41, 2.

14) L. R. I, 7. §. 137. Der Inhaber hat hiernach aber auch — in der Regel — die Pflicht, die Sache oder das Recht zum Besten dessen, dem der Besitz gebührt, zu erhalten, solange er diesem das Detinirte nicht zurückstellt oder dasselbe gerichtlich niederlegt. Striethorst Bd. 97 S. 88 wendet dies an auf unbestellt zugesendete Waaren.

Digitized by Google

als solcher vom Rechte geschützt wird. Außerdem knüpft das Recht an den Besitz, sei es allein, sei es in Verbindung mit noch anderen Momenten, gewisse Berechtigungen, sowie Verpflichtungen an; insbesondere ist der Besitz Bedingung der erwerbenden Verjährung. Die Eintheilungen nun des Besitzes, welche unser Recht aufstellt, haben hauptsächlich Bezug auf diese mehr mittelbaren Wirkungen des Besitzes.

1. Der Besitz ist nach preußischem Rechte bald ein vollständiger, bald ein unvollständiger.[1] Vollständigen Besitz, welcher mit der civilis possessio der Römer in Verwandtschaft steht[2] — hat, wer eine Sache als sein eigen besitzt. Unvollständiger Besitzer ist, wer eine Sache zwar als fremdes Eigenthum besitzt, aber in der Absicht, über dieselbe für sich nach einer bestimmten Richtung hin zu verfügen.[3] Dem einfachen und klaren Begriffe des unvollständigen Besitzes, zu welchem das römische Recht nicht zu gelangen wußte, ordnen sich vornehmlich folgende Verhältnisse unter. Einmal gehört hierher der Besitz des Pfandgläubigers, welchem das römische Recht bekanntlich einen Sachbesitz zuschreibt, dann der Besitz des Usufruktuars, dem die Römer nur eine sogenannte juris possessio zugestanden, endlich der Besitz des Miethers und Pächters, sowie des Kommodatars, denen das römische Recht überhaupt keinen Besitz zuerkannte, sondern nur Innehabung für den Eigenthümer.[4]

Neben dem unvollständigen Besitz besteht der vollständige Besitz des Eigenthümers fort. Denn es ist möglich, daß dieselbe Sache von verschiedenen Personen nach verschiedenen Richtungen hin beherrscht werde. Diese Beobachtung haben auch die Römer beim Usufrukt gemacht, indem dort

---

1) L. R. I, 7. §§. 6—10. 169—174.

2) Aeltere Schriftsteller verstanden unter possessio civilis gerade „das, was das Landrecht mit dem Ausdrucke unvollständiger Besitz bezeichnet. Vergl. Berger oeconomia juris II. tit. 6. I. sub II. 4. Nach der jetzt herrschenden, durch Savigny Besitz §. 7 begründeten Lehre wäre freilich possessio civilis soviel als Usucapionsbesitz. Jedoch nähern sich die neuesten Schriftsteller wieder mehr der älteren Auffassung Vangerow I. §. 199, Windscheid I. §. 148 n. 12.

3) L. R. I, 7. §. 6. Vergl. aber §. 9: der unvollständige Besitzer einer Sache ist vollständiger Besitzer des Rechts, dessen er darüber sich anmaßt.

4) Die römische Theorie erklärt sich unserer Ansicht nach vorzugsweise historisch. Die Römer kannten ursprünglich nur die possessio dessen, der wie ein Eigenthümer besaß. Man war daher vor die Alternative gestellt, dem Pfandgläubiger, Sequester, Miether eigenthumsgleichen Besitz zuzuschreiben oder ihnen den Besitz abzusprechen. Es bildete sich die erstere Auffassung beim Pfandgläubiger, die letztere beim Miether. Erst seit der Kaiserzeit nach Ausbildung der Theorie der quasi possessio schlug man beim Usufrukt eine mittlere Bahn ein, indem man den Proprietar als den Sachbesitzer, den Usufruktuar als einen juris possessor faßte. — Gegen die Terminologie des preußischen Rechts Bruns Besitz S. 433. Randa S. 11 not. 13.

Digitized by Google

bekanntlich eine corporis possessio des Proprietars neben der possessio juris des Usufruktuars bestand.[5]

2. Stimmt der Besitz in der That mit dem Rechte zum Besitz überein, so wird er vom Landrechte rechtmäßiger Besitz genannt.[6] Redlich hingegen — bonae fidei possessor — ist der Besitzer dann, wenn er sich für berechtigt zum Besitze hielt, sei es mit Grund oder in Folge entschuldbaren Irrthums. Der unredliche Besitz — die Negation des redlichen — hat nach dem Systeme des preußischen Rechts Grade und Abstufungen. Im eigentlichen Sinne besitzt unredlich, wer sein Nichtrecht kennt.[7] Im weiteren Sinne ist unredlicher Besitzer, auch wer sich in Folge unentschuldbaren Irrthums für berechtigt ansieht, insbesondere wer Zweifeln, die er im Momente des Besitzerwerbs über die Rechtmäßigkeit des Erwerbs hatte, absichtlich oder fahrlässigerweise nicht auf den Grund ging.[8] Dagegen machen erst nach dem Erwerbe des Besitzes aufsteigende Zweifel den redlicher Weise erworbenen Besitz nicht zum unredlichen.[9] Zum unredlichen Besitze in diesem weiteren Sinne gehört auch der vom Landrecht sogenannte unrechtfertige Besitz,[10] bei welchem sich der Glaube des Besitzers an sein Recht auf Rechtsirrthum stützt. Endlich wird aber auch, wie bereits gezeigt, der auf Herausgabe einer Sache Verklagte nach der Insinuation der Klage dem Kläger gegenüber in gewissen Beziehungen als unredlicher Besitzer behandelt.[11]

Die Frage der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes des Erben wird nur nach seinem Bewußtsein, nicht aber nach dem des Erblassers beurtheilt.[12]

---

5) l. 52. pr. D. de a. vel o. p. 41, 2.

6) L. R. I, 7. §. 10.

7) L. R. I, 7 §. 11. Den redlichen Besitz definirt das Landrecht nicht besonders. Verglichen kann werden Wächter die bona fides insbesondre bei der Ersitzung des Eigenthums 1871. Bruns das Wesen der bona fides bei der Ersitzung 1872.

8) L. R. I, 7 §. 15. In diesem Sinne unredlich ist z. B. der Erwerber eines Grundstücks, welcher von der zu Tage liegenden Ungültigkeit des Rechtstitels seines Verkäufers durch Einsicht desselben Kenntniß erlangen konnte, ohne diese jedoch genommen zu haben. Ferner wird der Regel nach als unredlich gelten, wem eine Mittheilung Seitens des wirklich Berechtigten hinsichtlich des Nichtrechts des Verkäufers vor dem Erwerbe zukam, wenn er dieselbe nicht näher beachtete l. 17. C. de rei vind. 3, 32.

9) L. R. I, 7 §. 16.

10) L. R. I, 7 §§. 12. 14. Cfr. l. 31. pr. D. de usurp. 41, 3. l. 2 §. 15. D. pro emtore 41, 4. Bei der dreißigjährigen Verjährung wird, wie sich später ergeben wird, der ungerechtfertigte Besitz dem unredlichen nicht gleich gehalten.

11) L. R. I, 7 §. 222. Siehe oben §. 130 Anm. 9.

12) L. R. I, 7 §. 40 ff. Natürlich lasten aber auch auf dem redlichen Erben diejenigen Verpflichtungen, welche durch den unredlichen Besitz des Erblassers bereits erzeugt waren. Daher z. B. der Erbe, der auf Grund seiner bona fides eine Sache ersessen hat, welche sein Erblasser unredlicher Weise besaß, wegen der von diesem gezogenen Früchte ersatzpflichtig bleibt.

Digitized by Google

Für die Redlichkeit des Besitzes streitet die Vermuthung.[13] Es ist keineswegs erforderlich, um Redlichkeit des Besitzes anzunehmen, daß der Besitzer einen Titel zum Besitz kenne und anzugeben im Stande sei.[14] Wer jedoch eigenmächtig — also durch Okkupation oder als Finder — den Besitz eines mit Namen, Wappen und ähnlichen zur Bezeichnung des Eigenthums gewöhnlichen Merkmalen versehenen Objekts erwirbt, gilt im Zweifel als unredlicher Besitzer.[15] Auch begründet die Verheimlichung des Besitzes einer gestohlenen oder verlorenen Sache die Vermuthung unredlichen Erwerbs.[16]

II. Erwerb und Verlust des Besitzes.

§. 150. Subjekt und Objekt des Besitzes.

Fähig des Besitzes sind nur Personen, welche im Stande sind, Vermögensrechte zu haben.[1] Wem hingegen das Recht die Vermögensfähigkeit aberkennt, dem kann es auch keinen Besitz zugestehen, welcher, wenn auch zunächst faktischer Natur, immerhin durch seine Wirkungen eine vermögensrechtliche Befugniß ist.[2] Nach preußischem Rechte sind hiernach besitzunfähig Mönche und Nonnen, welchen wenigstens die herrschende Theorie die Vermögensfähigkeit abspricht.[3] Es steht aber nichts im Wege, daß sie für Andere Besitz ausüben.

Ferner erkennt das Recht in den Fällen keinen Besitz an, in welchen auch das entsprechende Rechtsverhältniß keiner rechtlichen Anerkennung genießt.[4] Daher ist z. B. der Besitz der Rechte aus angeblicher Leibeigenschaft oder Gutsunterthänigkeit ohne juristische Wirkung; desgleichen ist der Besitz eines Jagdrechts auf fremdem Grund und Boden nicht zu berücksichtigen, weil das entsprechende Rechtsverhältniß ungültig ist.[5]

---

13) L. R. I, 7 §. 179. Ja es existirt eine Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes.

14) Simon Rechtssprüche Bd. I. S. 435.

15) L. R. I, 7 §§. 19 und 20.

16) L. R. I, 15 §. 41.

1) Ihering a. a. O. S. 143 ff.

2) Cfr. l. 49 §. 1. D. de a. vel. o. p. 41, 2.

3) Oben §. 40.

4) Cfr. l. 30 §. 1. D. de a. v. o. p. 41, 2. l. 23 §. 2. D. eod.

5) Handlungen, welche gegen ein Verbotsgesetz laufen, können keinen Besitz begründen. Es kann z. B. wer vor der nach der Feldpolizeiordnung zulässigen Zeit Vieh aufgetrieben hat, nicht possessorisch als Servitutberechtigter klagen.

Digitized by Google

Körperliche Objekte[6] sind nur dann eines besonderen Besitzes fähig, wenn sie eine gesonderte Existenz haben.[7] Hiernach ist namentlich eine einheitliche bewegliche Sache zu einem reellen Theile nicht besonders besitzbar; es kann nicht etwa die Wolle, welche sich auf dem Rücken fremder Schafe befindet, getrennt von denselben gedacht und so für sich besessen werden. Aus jenem Satze hat das römische Recht folgerecht geschlossen, daß die Bestandtheile eines Grundstücks, so lange sie ungetrennt sind, nicht ohne das Grundstück für sich besitzbar seien.[8] Daher sind nach diesem Rechte namentlich hängende Früchte eines Grundstücks nicht gesondert besitzbar.[9] Dagegen läßt das preußische Recht hiervon abweichend einen Sonderbesitz an ungetrennten Früchten und an anderen räumlich bestimmten, mit einem Grundstück verbundnen und davon noch nicht wieder getrennten Sachen zu, vorausgesetzt, daß dem Erwerber thatsächlich die Verfügung über diese Objekte, insbesondere die beliebige Trennung derselben möglich ist.[10] Daher denn z. B. wer ein Gebäude ohne die Bodenfläche zum Abbruch kauft, mit der Ueberweisung des Hauses den Besitz der Baumaterialien schon vor der Trennung erwirbt, während das römische Recht den gesonderten Besitz derselben von der Trennung abhängig machte.

An ideellen Theilen einer körperlichen Sache ist nach preußischem, wie nach römischem Rechte Besitz möglich.[11] Ueber den Rechtsbesitz soll später besonders gehandelt werden.

---

6) Nach unserm Rechte hat der Staat sowie die Gemeinde auch Besitz an den res extra commercium, die im öffentlichen Gebrauch stehen; sie können ihretwegen possessorisch klagen. Das römische Recht hatte dies verneint l. 1 §. 22. D. h. t. 41, 2, weil man juristischen Personen principiell die Fähigkeit des Besitzes nicht zuerkennen wollte.

7) L. R. I, 7 §. 46 ff. In das Unbestimmte hinein kann man Grundstücke nicht besitzen, vgl. l. 26. D. de a. v. o. p. 41, 2, fehlt es an einer Begrenzung bei der Ueberweisung im Fall einer Tradition oder bei einseitiger Besitznahme, so schafft die thatsächliche Benutzung die Grenze. Randa a. a. O. S. 367.

8) Ueber römisches Recht vgl. Göppert: Ueber einheitliche zusammengesetzte und Gesammtsachen 1871.

9) l. 40. D. de act. emt. vend. 19, 1.

10) Insbesondere hat das Obertribunal anerkannt, Präj. n. 1570, Entsch. Bd. 11 S. 201, daß der Besitz stehender Bäume durch symbolische Uebergabe, namentlich vermittelst Anschlag mit dem Forsthammer selbständig erlangt werden kann. Es stützt sich auf L. R. I, 7 §. 189 ff. I, 11 §. 582 ff. I, 22 §§. 199, 200 und A. G. O. I, 50 §. 491. Freilich haben sich unter Anderm Piners in Ulrichs Archiv Bd. 8 S. 459, vgl. auch Rohden daselbst Bd. 9 S. 533, ferner Lenz Studien S. 198 hiergegen erklärt, jedoch die herrschende Meinung nicht erschüttert. Was nun aber von den Bäumen, Pflanzen und Früchten gilt, ist ebenmäßig auch auf die mit einem Grundstück mechanisch durch Bauten verbundenen Objekte zu beziehen. Der Besitzerwerb durch bloßes constitutum possessorium in Bezug auf unabgesonderte Theile, insbesondre Früchte, Bäume, wird jedoch aus gutem praktischen Grund vom Obertribunal nicht anerkannt. Striethorst Bd. 65 S. 98 ff.

11) Es steht nichts im Wege, daß Jemand den noch unbestimmten ideellen Theil einer Sache oder eines Rechts in Besitz nimmt, welcher seinem künftig festzustellenden

Digitized by Google

§. 151. Der Erwerbsakt.

Der Besitzerwerb einer Sache fordert, da er dieselbe unserer Willensbestimmung unterwerfen soll, einmal den Willen des Erwerbers zu besitzen, und andererseits die Herstellung der äußeren Bedingungen, durch welche dieser Wille seine Verwirklichung findet.[1]

Der Wille zu besitzen ist unabhängig von dem Glauben, berechtigt zum Besitze zu sein. Dagegen ist erforderlich, daß man die Beherrschung der Sache für sich, nicht für einen Andern will, und daß man sich auch nicht bloß zeitweilig die Gefälligkeit und Duldung eines Andern zu Nutzen machen will.[2] Den Besitzeswillen kann natürlich nur fassen, wer überhaupt die Fähigkeit vernünftigen Willens hat; daher sind namentlich Geisteskranke und Kinder hierzu nicht im Stande, sie bedürfen vielmehr auch zum Besitzerwerb des Vertreters.[3]

In welcher Weise sich der Besitzwille äußerlich zu verwirklichen hat, ist von der jedesmaligen Sachlage abhängig; es ist hier Alles auf die Auffassungen des Verkehrslebens zurückzuführen und hiernach die Frage zu beantworten, ob eine Sache thatsächlich in unsere Gewalt gestellt sei oder nicht.[4] Je leichter sich den Umständen nach die Sache der Beherrschung entzieht, desto eingreifendere Maßregeln müssen zu ihrer dauernden Unterwerfung getroffen sein, je entfernter eine solche Gefahr ist, desto weniger Anforderungen sind an die Apprehension zu machen. Insbesondere wird eher ein

---

Recht entspricht. In solcher Weise besitzen regelmäßig die Miterben gemeinsam. Die römischen Juristen haben freilich solchen Besitz nicht anerkannt, sie fordern bestimmten Besitzwillen auch in dieser Richtung. Wir haben keinen Grund, ihnen im neuern Recht in einem Satz zu folgen, welcher die Konsequenz in sich trägt: si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum possidere. l. 32 §. 2. D. de usurp. 41. 3. Dennoch wollen dies Neuere für praktisches Recht erklären, wenn auch mehr oder weniger mit Vorbehalten. Vgl. Förster §. 160 n. 20. Meischeider S. 218 ff. Randa §. 17, auch Obertrib. Bd. 66 S. 11 ff. L. R. I, 7 §. 46 ist nicht auf einen in Besitz genommenen ideellen Theil zu beziehen.

1) l. 3 §. 1. D. de a. vel. o. poss. 41, 2.

2) L. R. I, 7 §. 106. In solchem Falle entsteht weder Besitz noch eigentliche Innehabung. Mit Unrecht bezeichnet das Marginale zum §. 106 den Fall als Prekarium. Vgl. Gruchot Bd. 5 S. 313.

3) L. R. I, 7 §. 44. Dagegen sind des Besitzerwerbs durch eigene Handlungen fähig Unmündige, Minderjährige, Verschwender, da sie durch ihre eigenen Handlungen Rechte erwerben können. Vgl. L. R. I, 4 §. 21.

4) Vgl. L. R. I, 7 §. 50 ff. Savigny — Besitz §. 14 — betrachtet als das Wesentliche des Apprehensionsakts die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar zu wirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen. Er legt hierbei aber ein übertriebenes Gewicht auf die Möglichkeit der unmittelbaren Einwirkung und verlangt namentlich in ungerechtfertigter Weise schlechthin Gegenwart der Sache, welche apprehendirt werden soll. Savigny l. c. §. 15 ff. Vgl. dagegen Ihering l. c. S. 161 ff. Siehe auch Randa S. 279 ff.

Digitized by Google

Besitzerwerb anzunehmen sein, falls uns der bisherige Besitzer die Sache tradirt, als wenn es sich um die Okkupation eines bisher herrenlosen Objekts handelt, da in jenem Falle dem Erwerber zu Gute kommen wird, daß die Sache bereits die Spuren ihrer Unterwerfung unter eine menschliche Herrschaft an sich trägt.[5]

§. 152. Fortsetzung. Uneigentliche Tradition.[1]

Der ältern gemeinrechtlichen Theorie entsprechend unterscheidet das Landrecht die eigentliche und die uneigentliche Tradition. Die ältere Schule faßte nämlich den Thatbestand der zum Besitzerwerb erforderlichen Handlung in derb sinnlicher Weise und erachtete als die einzig normale Weise der Apprehension die leibliche Bethätigung der Macht des Besitzerwerbers, wie sie sich im Ergreifen von Mobilien mit der Hand und im Betreten von Immobilien mit dem Fuße vollzieht.[2] Da nun gleichwohl die Uebermittelung des Besitzes häufig ohne solche Handlungen geschah, zeichnete man Fälle dieser Art als uneigentliche Tradition aus. Und zwar unterschied man mehrere Weisen einer solchen uneigentlichen Tradition, worin das Landrecht gleichfalls jener Theorie folgt.[3]

1. Als symbolische Tradition gilt diejenige, bei welcher sich zwar eine körperliche Handlung vollzieht, in der man aber nur ein Zeichen erblickt, welches den Akt der Uebergabe repräsentiren und ersetzen soll. Solche Zeichen, bestimmte man, könnten willkürlich gewählt werden, wenn sie nur den Willen des Uebertragenden, den Besitz zu erledigen, und die Absicht des Empfängers, denselben zu ergreifen, hinlänglich andeuteten. Jedoch sei erforderlich, daß die symbolische Uebergabe so vor sich gehe, daß der wirk-

---

5) Hiernach bestimmt L. R. I, 7 §. 55 ff.: Der Besitz einer Sache, die in Niemandes Besitz sich befindet, kann dadurch ergriffen werden, daß der Besitznehmende die Sache mit solchen Merkmalen bezeichnet, woraus die Absicht, dieselbe künftig für sich gebrauchen zu wollen, deutlich erhellt; die bloße Bezeichnung aber hilft dem nichts, dem das Vermögen, die Sache selbst in seine Gewalt zu bringen, mangelt. Diese Vorschriften sind einer Entscheidung bei Leyser spec. 439 med. 2 entnommen hinsichtlich eines Falles, in welchem ein Schiffer einen großen, im Strome treibenden Fisch angehauen und ein Stück Speck nebst zwei Zähnen davon genommen hatte, hingegen ihn sonst nicht fortschaffen konnte, worauf ihn Andere im Wasser forttreibend fanden und okkupirten.

1) Vergleiche die sorgfältigen Ausführungen von Exner: Rechtserwerb durch Tradition 1867 S. 152—252, dessen Grundidee jedoch verfehlt ist, da er die symbolische Tradition nur als Uebertragung des „Eigenthums", nicht des „Besitzes" ansieht, was weder historisch, noch auch dogmatisch gerechtfertigt ist.

2) Schon Azo: summa in Cod. tit. de poss. num. 7, 8. Ueber spätere Schriftsteller siehe Exner l. c. S. 153 ff. Gegen die Theorie der uneigentlichen Tradition ist vorzugsweise aufgetreten Savigny im Besitz §. 14. Dies mit dem Erfolge, daß diese Theorie fast verschollen wäre, wenn sie nicht im Landrechte und im österr. bürgerl. G. B. §§. 427. 452 sich erhalten hätte.

3) L. R. I, 7 §. 62 ff.

Digitized by Google

lichen körperlichen Besitznehmung ferner nichts im Wege stehe. Indem aber hiernach doch begleitende Umstände verlangt werden, welche die fragliche Sache thatsächlich in die Machtsphäre des Erwerbers rücken, so ergiebt es sich, daß im Grunde nicht eine bloße symbolische, sondern eine thatsächliche Uebertragung stattfindet.

Beispiele solcher symbolischen Tradition bilden das Anzeichnen gekaufter Objekte durch den Käufer mit Bewilligung des Verkäufers, wobei indessen vorausgesetzt ist, daß sie frei lagern oder sonst dem Anzeichnenden jeder Zeit zugänglich sind;[4] ferner die Uebergabe der Schlüssel zu dem Verwahrungsorte gekaufter Waaren, je nach Umständen aber auch Aushändigung der Erwerbsurkunden über die zu übertragende Sache, sowie der Schiffspapiere über ein Schiff.[5] Daß solche Akte gerade in Gegenwart oder in der Nähe der fraglichen Sache erfolgen, ist nicht erfordert.[6] Daher überträgt auch die Uebergabe und Indossirung eines Konossements der Regel nach den Besitz der in demselben bezeichneten Waaren. Die gleiche Folge hat die Indossirung der Ladescheine der Frachtführer und der Lagerscheine über Waaren oder andere bewegliche Sachen, die von einer zur Aufbewahrung solcher Sachen staatlich ermächtigten Anstalt ausgestellt sind.[7] Es eröffnet uns die Uebermittelung dieser Papiere gleichsam den Raum des Fahrzeuges oder des Lagers, in welchem jene Waaren aufgestellt sind,[8] da der Schiffer oder der

---

4) Vgl. l. 14 §. 1. D. de periculo et commodo 18, 6: videri autem trabes traditas, quas emtor signasset. Dagegen genügt das Anzeichnen nicht bei Objekten, z. B. Weinfässern, die in einem dem Käufer unzugänglichen, verschlossenen Behältnisse, z. B. einem Keller, lagern. So l. 1 §. 2. D. eod. Es geschieht hier nur zur Feststellung der Identität.

5) Aehnliches bestimmt bereits die famose l. 1. C. de donat. 8, 54: ... emtionum instrumentis traditis et ipsorum mancipiorum traditionem factam intelligis. Savigny Besitz §. 16 nimmt freilich an, es sei hinzuzudenken, daß die Uebergabe dieser Urkunden in Gegenwart der Sklaven geschah, obgleich dies in der Stelle nicht ausgedrückt sei. Das ist doch mehr als gewagt. Wem jene Urkunden übergeben waren, den mußten fortan die Sklaven als ihren Herrn ansehen; diese Uebergabe verschaffte also dem Empfänger die thatsächliche Verfügungsmacht über die Sklaven, den Besitz.

6) Papinian nimmt allerdings in der l. 74. D. de contr. emt. 18, 1 an, eine Tradition der Waaren durch Uebergabe der Schlüssel zu ihrem Behältnisse finde nur statt „si claves apud horrea traditae sunt." Doch Paulus l. 1 §. 21. D. de a. v. o. p. 41, 2 — vgl. indessen Exner l. c. S. 100 Anm. 33 — und jedenfalls Gajus l. 9 §. 6. D. de a. r. d. 41, 1 wissen von solcher Einschränkung nichts. Mit Recht spricht sich auch Ihering l. c. S. 207 ff. gegen den Gedanken Papinians aus. Kann der Jäger, äußert er, den Besitz am Wilde erwerben, das sich in seinen Schlingen gefangen hat, der Grundeigenthümer den Besitz an dem Miste, den er auf seinem Acker hat abladen lassen, warum soll nicht auch der Kaufmann, der einen Waarenspeicher gekauft hat, durch Ablieferung der Schlüssel derselben in seiner Wohnung den Besitz desselben erwerben können?

7) Art. 302. 649 des deutschen H. G. B., Präj. des Obertrib. n. 698.

8) So Wilda Rechtslexikon Bd. 3 S. 34, der fortfährt: Durch das Konossement wird daher der Besitz nicht symbolisch, sondern wirklich übertragen. Vgl. auch

Digitized by Google

Depositar der Waaren sich der im Indossamente liegenden Anweisung, diese Waaren dem Indossatar und Inhaber der Urkunde auszuhändigen, der Regel nach nicht entziehen wird.

2. Die uneigentliche Tradition geschieht ferner durch Anweisung, wenn die Person, welche bisher für den Tradenten besaß, von diesem angewiesen wird, fortan für den Empfänger zu besitzen. Die Tradition ist vollzogen mit der Zustellung der Anweisung an den Erwerber, da sich der Vertreter der Regel nach derselben fügen wird.[9]

3. Durch eine bloße Erklärung geschieht endlich die uneigentliche Tradition in folgenden Fällen. Einmal dann, wenn der bisherige Besitzer den Besitz demjenigen überläßt, welcher die Sache bisher für ihn besaß (sog. traditio brevi manu), dann aber auch umgekehrt, wenn der bisherige Besitzer erklärt, fortan für denjenigen zu besitzen, dem er die Sache überlassen will (sog. constitutum possessorium).[10] Eine solche Erklärung ist namentlich auch in der Vertragsbestimmung zu sehen, wonach der Verkäufer die verkaufte Sache von nun an leihweise oder miethweise oder als Nutznießer besitzen soll.[11] Dies selbst dann, wenn zwischen den Parteien ein gültiger Miethvertrag nicht zu Stande gekommen ist, namentlich wenn ein Miethpreis nicht ausgemacht wurde, da immerhin der Verkäufer durch jene Erklärung den Käufer in den vollständigen Besitz gesetzt hat.

Für die Besitzübertragung durch traditio brevi manu und constitutum possessorium fordert das Landrecht Schriftlichkeit, falls es sich um Objekte

---

Ihering l. c. S. 207, welcher hiernach die Jahrb. für Dogmatik I. S. 176 ff. gegebene Erklärung wohl kaum festhalten wird. Ihering bestreitet hier nämlich die Annahme eines Besitzüberganges der Waare durch die Uebertragung des Konossements, und behauptet, es liege in derselben nur eine Cession der persönlichen Klage gegen den Schiffer und eventuell die Cession der rei vindicatio hinsichtlich der Waaren. — Es können aber allerdings die Umstände so liegen, daß die Uebertragung des Konossements den Besitz der in ihm bezeichneten Waare nicht verschafft, weil der körperlichen Besitznahme derselben Hindernisse im Wege stehen, vgl. L. R. I, 7 §. 64. In solchem Falle vermittelt dieselbe zum Ersatz des Besitzes den Uebergang der Klagen. Vgl. noch Goldschmidt H. R. Bd. 2 S. 681 ff. D. H. G. B. Art. 302. 303.

9) L. R. I, 7 §§. 66. 67. Präj. 1713. Entsch. Bd. 12 S. 172. R. O. H. G. Bd. 7 S. 34.

10) L. R. I, 7 §. 70 ff. Cfr. l. 9 §. 5. D. de a. r. d. 41, 1.

11) L. R. I, 7 §. 72 ff. Cfr. l. 77. D. de R. V. 6, 1. Pachtet jemand irrthümlich eine eigene Sache von einem Andern, weil er glaubte, diesem gehöre dieselbe, so ist die Frage des Besitzüberganges und des Eigenthumserwerbes streng auseinanderzuhalten. Das Eigenthum kann durch einen solchen Akt auf den Verpächter nicht übergehen, da die Absicht, ihm dasselbe zu übertragen, nicht bestand, und es an einem zum Erwerb des Eigenthums dienlichen Titel fehlt. Dagegen der Besitz ist allerdings auf den Verpächter übergegangen, da dieser die Absicht hat, in dieser Eigenschaft zu besitzen und der Pächter diesen Besitz anerkennt und vertritt. Es enthält eine Verwechslung der Besitz- und Rechtsfrage, wenn Koch Komment. L. R. I, 7 §. 73 meint, „wenn die Erklärung des vermeintlichen Pächters nichtig ist, so ist er nicht Detentor des vermeintlichen Verpächters."

Digitized by Google

über 150 Mark handelt.[12] Dies um deswillen, weil ſich hier die Tradition bloß durch einen wörtlichen Willensakt vollzieht, während bei der eigentlichen Tradition die äußerlich ſichtbare Handlung einen Erſatz für die Schriftlichkeit zu geben ſchien.

Iſt dem Einen der Beſitz einer Sache ſymboliſch oder durch Anweiſung übergeben, einem Andern dieſelbe Sache, wenn auch erſt ſpäter, von demſelben Autor körperlich eingehändigt worden, ſo geht nach der Beſtimmung des Geſetzes der Letztere vor. Die Rechtfertigung hiefür liegt darin, daß in ſolchem Falle die ſymboliſche Uebergabe, wie ſich hinterher ergiebt, ihren Zweck verfehlt hat, dem Erwerber die Verfügung über das Beſitzobjekt zu verſchaffen.[13] Unter Mehreren, welchen die Sache ſymboliſch oder durch Anweiſung tradirt iſt, entſcheidet, falls keiner den Realbeſitz erlangt hat, das beſſere Recht zur Sache.

§. 153. Fortſetzung.

Auch wo die im Landrechte ausgezeichneten Fälle der uneigentlichen Tradition nicht vorliegen, iſt der Beſitzerwerb keineswegs ſchlechthin an eine körperliche Handlung des Erwerbers und an ſeine Gegenwart bei der Sache gebunden.

Insbeſondere erlangen wir den Beſitz von Mobilien, wie dies bereits die römiſchen Juriſten ausgeſprochen haben, wenn ſie in unſere Räume gebracht ſind.[1] Und dies bezieht ſich keineswegs bloß auf verſchließbare und umzäunte Räume, Wohnungen, Gehöfte oder Ställe, vielmehr genügt je nach Umſtänden auch Ablagerung im Freien.[2] So erwerben wir Beſitz von Steinen oder Balken, wenn ſie auf unſerm offenen Steinhauer- oder Zimmerplatz, den Beſitz von Drainirungsröhren, wenn ſie auf der zu ent-

12) L. R. I, 7 §§. 70. 71. Es geht dies aus den Worten: „auf rechtsbeſtändige Weiſe", „rechtsgültig" hervor. Der Plenarbeſchluß vom 20. November 1854, Präjudiz des O. Trib. n. 2574, Entſch. Bd. 29 S. 1 ſpricht dies allerdings nur für das constitutum possessorium „beim Kaufvertrag" aus und die Motivirung der Entſcheidung zum Schluß läßt Zweifel über die Tragweite übrig, vgl. Koch zu §. 71, Man wird dem Satz aber eine allgemeine Geltung zu vindiciren haben. Bei Handelsgeſchäften genügt mündliche Erklärung für das constitutum possessorium. — Die ſchriftliche Form iſt überhaupt nicht erfordert beim Beſitzerwerb durch Anweiſung, Striethorſt Bd. 85 S. 210.

13) L. R. I, 7 §. 74. So auch Leyser med. spec. 444 m. 4. — Es iſt eine Streitfrage, ob auch derjenige, welchem Beſitz durch constitutum possessorium übertragen iſt, einer Perſon nachzuſtehen hat, welcher derſelbe Autor dieſelbe Sache ſpäter körperlich überträgt. Dies iſt richtiger Anſicht nach zu verneinen, da jener Erſte in den wirklichen Beſitz durch den Stellvertreter gekommen iſt, ſo daß höchſtens gefragt werden kann, ob er den Beſitz durch die Treuloſigkeit ſeines Stellvertreters wieder verloren hat.

1) l. 18 §. 2. D. de a. vel o. p. 41, 2.

2) Vgl. Ihering l. c. S. 163 ff.

Digitized by Google

wässernden Flurwiese abgeladen wurden, ohne daß wir nothwendigerweise bei der Abladung zugegen waren, falls dieselbe nur mit unserm Wissen und Willen erfolgte und uns bekannt geworden ist. Es ist hinreichend, daß es Dritten erkennbar ist, daß die fraglichen Objekte uns überlassen sind und daß der so ersichtliche Besitzstand Anerkennung und Schutz in der Gesellschaft und bei der Obrigkeit findet. [3]

Auch bei Grundstücken muß die Besitznahme keineswegs, wie man dies vielfach verlangt, gerade auf der Sache selbst oder in deren Nähe geschehen. [4] Vielmehr genügt zur Besitzübertragung von Grundstücken die Erklärung des Verkäufers, den Besitz zu übergeben, und des Käufers, denselben zu erwerben, [5] falls nicht der Verkäufer im Widerspruche mit seiner Erklärung den thatsächlichen Besitz dem Käufer gegenüber noch fortwährend behauptet hat. Daß das Letztere aber der Fall sei, hat der Verkäufer zu beweisen, da ihm seine Erklärungen entgegenstehen.

Bis zu welcher Grenze und in welchem Umfange der Besitz einer Sache oder eines Sachencomplexes erworben ist, wird fraglich sein. Natürlich ist maßgebend einerseits die erkennbare Absicht des Erwerbers und andererseits die Frage, inwieweit diese Absicht sich äußerlich verwirklicht hat. Was hierbei erforderlich ist, wird wiederum wesentlich durch die jeweilige Sachlage bedingt. Bildete die Sache bereits eine Einheit in der Hand eines Vorbesitzers, so ist im Zweifel die Besitznahme, wenn sie sich auch zunächst nur auf einen Theil derselben bezieht, als Apprehension des Ganzen anzusehen.

---

3) Vgl. l. 51. D. de a. vel. o. p. 41, 2.

4) Die Aussprüche römischer Juristen in l. 3 §. 1. D. de a. v. o. p. 41, 2: „sufficit partem fundi introire, sowie l. 18 §. 2. D. eod.: si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret" zeigen allerdings, daß man als die nächstliegende Weise des Besitzerwerbs den wirklichen Einzug in das Grundstück oder wenigstens die Uebergabe in der Nähe ansah, erweisen aber nicht, daß den Römern diese Vorgänge als schlechthin nothwendig erschienen.

5) Vgl. L. R. I, 7 §. 59. „Die bloße Willenserklärung des bisherigen Besitzers ist hinreichend, den Besitz einer Sache zum Vortheil eines Andern zu erledigen, insofern dieser dadurch in den Stand gesetzt wird, über die Sache zu verfügen." Nach dem Präj. des Obertribunals n. 528 soll dies freilich nicht ausreichen, vielmehr „noch der Akt der Besitzergreifung hinzukommen müssen." Wer indessen im Stande ist, über die Sache zu verfügen und auch den Willen zu besitzen hat, ist Besitzer und bedarf also einer weiteren Besitzergreifung nicht; hinzukommen muß daher nur die Acceptation jener Erklärung. Dies ergeben auch die MaterialienS. 138. Ursprünglich lautete der Rechtssatz nach §. 62 des Entwurfs: „die bloße Willenserklärung ist hinlänglich, den Besitz zu übertragen, insofern u. s. w." Hiergegen wurde monirt: wenigstens müßte doch hier die mündliche Acceptation des neuen Besitzers hinzukommen, wenn der Besitz selbst erworben werden sollte, ... weil sonst contra tenorem §. 38 gar kein factum der Besitzergreifung existiren würde. In Folge dieses Monitum wurde der Text des Gesetzes in der angegebenen Weise geändert. Daß aber eine körperliche Apprehension hinzukommen müsse, daran dachte man nicht. Vgl. übrigens Gruchot Bd. 4 S. 471 ff.

Digitized by Google

Daher gelten Pertinenzstücke als mit der Hauptsache in Besitz genommen,[6] [7] es sei denn, daß sie sich im thatsächlichen Besitze eines Dritten befinden, welcher die Besitzergreifung durch uns nicht anerkennt.[8] In analoger Weise hat auch, wer in der Absicht, einen Inbegriff von Sachen in Besitz zu nehmen, einzelne Stücke desselben in seine Gewalt nimmt, dadurch den Besitz des Ganzen ergriffen, insoweit nicht der Besitz eines Dritten im Wege steht. Handelt es sich hingegen um bisher herrenlose Objekte, z. B. um eine Insel oder um Alluvionen, so wird der Regel nach eine theilweise körperliche Apprehension, z. B. die Bepflanzung gewisser Theilstrecken, nicht zur Erwerbung des Besitzes anderer Theile führen, auch wenn die Absicht des Okkupanten angeblich auf den Besitzerwerb des Ganzen gerichtet war; es mache denn die Art der Okkupation einzelner Strecken, z. B. die Lage der Anpflanzungen, die auf das Ganze gerichtete Absicht auch äußerlich erkennbar.[9] Denn hier werden die Grenzen erst gezogen, während beim Eintritt in einen schon bestehenden Besitz dessen Grenze bereits thatsächlich feststeht und im Zweifel als beibehalten gilt.

§. 154. Besitzerwerb durch Stellvertreter.[1]

Besitzerwerb durch Stellvertreter erfordert

1. daß dieser die thatsächliche Gewalt in der Absicht erwirbt, sie für uns auszuüben. Diese Absicht muß nicht ausdrücklich erklärt sein, sie kann auch aus den Umständen erhellen. Sie wird stets dann angenommen, wenn

---

6) L. R. I, 7 §. 52 ff.

7) Bestritten ist, ob mit dem durch Uebergabe erworbnen Besitz eines Grundstücks zugleich der Besitz der an dasselbe geknüpften Grundgerechtigkeiten erworben wird. Dies hat das O. Trib. Entsch. Bd. 42 S. 43 anerkannt, dagegen Entsch. Bd. 72 S. 268 in einem Falle verneint, in welchem es sich um eine unständige Gerechtigkeit — Ausschlämmen eines Teiches — handelte, die der Erwerber des angeblich herrschenden Grundstücks noch nicht thatsächlich ausgeübt hatte. Giebt man auch dem letztern Erkenntniß und dem dort angezognen Förster Bd. 3 §. 162 Anm. 58 zu, daß eine Singularsuccession in den Besitz an sich nicht stattfindet, so ist doch eine andre Frage, ob nicht schon die Apprehension des Grundstücks genügt, um den Erwerber in den gesammten bisherigen Besitzzustand bezüglich desselben eintreten zu lassen? Dies ist zu bejahen. Der Nachweis der Ausübung der Gerechtigkeit durch den Vorbesitzer ist daher erheblich, weil er den Umfang des apprehendirten Besitzzustandes darthut, nicht weil an sich der Besitz des Nachfolgers mit dem des Vorgängers identisch ist.

8) Das Präjudiz des Obertribunals n. 2383, vgl. Entsch. Bd. 23 S. 69, sagt: Unter dem hier — L. R. I. 7 §. 54 — erwähnten wirklichen Besitz ist der vollständige, nicht aber auch der unvollständige zu verstehen. Hiernach wird also auch der Besitz verpachteter Pertinenzen durch die Besitzergreifung der Hauptsache erworben.

9) Vgl. Entsch. des Obertribunals Bd. 46 S. 46.

1) L. R. I, 7 §. 45. Savigny Besitz §. 26. Windscheid. Pand. I, §. 155. Randa §. 20.

Digitized by Google

der bisherige Besitzer eine Sache unserm Beauftragten, z. B. unserm Boten, Handlungsbevollmächtigten, Agenten für uns übergeben hat, falls sie dieser ohne zu widersprechen in Empfang nahm. Die etwa vorhandene, aber dem Tradenten gegenüber nicht sofort erklärte Absicht des Empfängers, die Sache für sich zu erwerben, findet im Rechte keine Beachtung.[2] Dagegen erwirbt der Beauftragte dem Auftraggeber Besitz und Eigenthum in dem Falle nicht sofort, wenn er dem Tradenten gegenüber nicht als Beauftragter aufgetreten ist und auch nicht seinem Auftraggeber erklärt hatte, daß er unmittelbar an dessen Statt Besitz erwerben wolle. Es erhält also der Machtgeber dann, wenn sein Bevollmächtigter, z. B. ein Einkaufskommissionär, in eigenem Namen gekauft oder stipulirt hatte, der Regel nach durch die in Folge eines solchen Vertrages vollzogene Tradition an den Bevollmächtigten nur das persönliche Recht, von diesem die Uebertragung des Besitzes und Eigenthums zu fordern.[3]

Damit man von einem Besitzerwerb durch einen Stellvertreter in technischem Sinne reden könne, muß die Zwischenperson die Fähigkeit vernünftigen Willens, wenn auch nicht gerade Verpflichtungsfähigkeit haben.[4]

---

2) Die Aussprüche römischer Juristen, die in die Pandekten über diesen Fall aufgenommen sind, widersprechen sich. Der Jurist Julian erklärt in der l. 37 §. 6. D. de a. r. d. 41, 1, es gehe kein Eigenthum über — hierauf bezieht sich das nihil agetur — wenn beim Traditionsakt der A. eine Sache dem B. für den C. übergebe, B. aber diese Sache für sich selbst in Empfang nehme. Dies, weil Julian unterstellte, daß B. den Besitz hier für sich erwerbe; denn danach wurde C. nicht Eigenthümer, weil er nicht in den Besitz gesetzt wurde, B. nicht, weil ihm kein Eigenthum übertragen werden sollte. Dagegen entschied sich der spätere Jurist Ulpian in der l. 13 D. de donat. 39, 5 dafür, daß eine solche dolose Absicht des Stellvertreters B., weil nicht sofort ausgesprochen, ignorirt werden müsse, so daß Besitz und also auch Eigenthum dem C. durch den Traditionsakt erworben wird, wobei denn von der Frage abgesehen ist, unter welchen Umständen C. den durch die Tradition erworbenen Besitz durch die Kontrektationshandlungen des B. wieder verliert. Die Versuche, diese Entscheidung des Julian mit der von Ulpian in Konkordanz zu setzen, sind verfehlt. Es ist ebenso verkehrt, Julians Worte dahin zu erklären: das Geschäft sei zwar nicht „ex mente procuratoris", wohl aber „ex mente tradentis," aufrecht zu halten, wie zu unterstellen, daß der Stellvertreter beim Erwerb den Willen, für sich zu erwerben, an den Tag gelegt habe, in welchem Falle derselbe, wenn der Tradent nicht protestirt, selbst Eigenthümer würde. Die Auffassung Ulpians ist für uns als die maßgebende anzusehen. — Tradirt umgekehrt A. die Sache dem B. in der Meinung, daß dieser sie selbst erwerben solle, B. hat jedoch im Einverständniß mit C. die Absicht, den Besitz unmittelbar seinem Vollmachtgeber C. zu erwerben, so erlangt dieser sofort den Besitz der tradirten Sache. Denn A. hat den Besitz unbedingt aufgegeben, C. ihn durch B. ergriffen. Ein Grund, den Willen des B., auch wenn er dem A. nicht erklärt ist, hier zu ignoriren, existirt nicht. Anders freilich Windscheid Pand. I, §. 155 Anm. 7.

3) Präj. d. Obertrib. 2052. Vgl. l. 59. D. de a. r. d. 41, 1, dazu v. Scheurl Beiträge I, S. 209 ff., Bremer Zeitschrift für Civilrecht und Proceß n. F. Bd. 11 S. 236—249, Ihering Jahrb. für Dogmatik Bd. I, S. 324—335, Bremer Zeitschrift für Civilrecht und Proceß n. F. Bd. 20 S. 40 ff. S. 90 ff.

4) l. 1 §§. 10. 11. D. de acq. vel om. poss. 41, 2.

Digitized by Google

Würde jedoch einem Kinde oder einem Geisteskranken etwas für uns übergeben und diese Personen wären der Art abgerichtet, daß sie uns dergleichen Objekte zu überbringen pflegten, so würden wir durch sie dennoch erwerben, nicht anders, wie wenn man etwas in den von uns aufgestellten Briefschalter werfen würde.

2. Es ist weiter nothwendig, daß der Vertretene durch den Stellvertreter den Besitz erwerben wollte. Dieser Wille des Vertretenen kann speciell, aber auch generell erklärt sein. Wer insbesondere einen Komplex der ihm zugehörigen Sachen einem Andern zur Verwaltung überwiesen oder zur Benutzung überlassen hat, oder wer sich in einem bestimmten Geschäftskreise durch einen Andern vertreten läßt, ermächtigt ihn hierdurch richtiger Ansicht nach dazu, hinsichtlich Alles dessen Besitz zu erwerben, was mit dem ihm so zugewiesenen Kreise von Thätigkeiten zusammenhängt.[5] Daher erwirbt z. B. der Herr den Besitz einer Weidegerechtigkeit, wenn sein Hirt seine Heerde auf eine gewisse Weide regelmäßig getrieben hat, auch wenn jener Herr hiervon keine specielle Kenntniß erhielt.[6] Ferner kommen dem Eigenthümer Besitzhandlungen eines Nießbrauchers oder auch eines Pächters zu Gute, welche zu Gunsten der im Nutzgenusse stehenden Sache vorgenommen wurden.[7]

Zum Besitzerwerb für handlungsunfähige Personen sind deren gesetzliche Repräsentanten legitimirt. Es gilt dies auch für Korporationen. Nach einer besondern Bestimmung des preußischen Rechts sind aber auch die einzelnen Mitglieder einer Korporation, obgleich sie an sich die Gemeinheit nicht vertreten, berechtigt für sie Besitz zu erwerben.[8] Daher denn unter Anderm die

---

5) Eine Analogie giebt das römische Recht im Pekulienerwerb von Sklaven und Haussöhnen: l. 1 §. 5. l. 3 §. 12. l. 24. l. 44 §. 1. D. de a. v. o. p. 41, 2. l. 31 §. 3. l. 47. D. de usurp. 41, 3. Es genügte den Römern die Ueberweisung des Vermögenskomplexes zur Verwaltung an den Gewaltuntergebenen, um diesen zum Besitzerwerb für den Herrn zu berechtigen, ohne daß der konkrete Wille des Geschäftsherrn, ja selbst dessen Willensunfähigkeit weiter in Betracht kam. l. 1 §. 5. D. de a. vel o. p. 41, 2. Vgl. insbesondere Windscheid I, §. 155 Anm. 11.

6) Vgl. Präj. des Obertribunals n. 2364, ferner Striethorst Bd. 32 S. 199.

7) Für den Usufrukt kann man sich berufen auf L. R. I, 21 §. 98. „Dienstbarkeiten und andere Rechte können für die zum Nießbrauch eingeräumte Sache durch den Nießbraucher zum Besten des Eigenthümers erworben werden." Dagegen behauptet allerdings das Obertribunal — insbesondere Striethorst Bd. 49 S. 359 —, der Pächter eines Grundstücks könne lediglich auf Grund seiner Eigenschaft als Pächter die Verjährung durch Besitz in Ansehung einer Grundgerechtigkeit nicht beginnen; es bedürfe hierzu des Auftrags oder der Genehmigung. Wir meinen, die Analogie des Usufrukts müsse auch für das Pachtverhältniß maßgebend sein.

8) L. R. I, 7 §. 26. Siehe oben §. 53 Anm. 10. Anderer Ansicht Koch Besitz S. 160.

Digitized by Google

Benutzung eines Weges als eines Gemeindeweges durch die Gemeindeglieder der Gemeinde den Besitz verschafft.[9]

Der Besitz wird dem Vertretenen nur in dem Umfange und in der Weise erworben, wie sich derselbe thatsächlich bei dem Stellvertreter gestaltet hat. Die Frage der Redlichkeit des Besitzes ist nach den allgemeinen, im Falle einer Bevollmächtigung geltenden Grundsätzen zu beantworten. Demgemäß richtet sich die Beurtheilung im Falle einer speciellen Vollmacht nach der Meinung des Geschäftsherrn;[10] hingegen bei einer generellen Vollmacht ist die Auffassung des Bevollmächtigten für maßgebend zu erklären.[11] Nach gleichem Principe ist bei dem Besitzerwerbe durch den Vormund dessen Meinung, nicht die des Mündels, entscheidend. Erwerben Korporationen den Besitz durch ihre Mitglieder, so soll die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes davon abhängen, ob die Mehrheit jener Mitglieder bei der Erwerbung des Besitzes redlich oder unredlich zu Werke ging; erwerben sie durch eine Mehrheit von Repräsentanten, so wird der Charakter ihres Besitzes nach der Meinung der Mehrzahl dieser Repräsentanten beurtheilt.[12] Gehört nur die Substanz der erworbenen Sache der Gemeinde, während die Nutzungen den einzelnen Mitgliedern anheimfallen, so sind natürlich die Sonderrechte

---

9) So auch Striethorst Bd. 88 S. 341.

10) Siehe oben §. 113 Anm. 8. Die Bestimmungen des L. R. I, 7 §§. 21 u. 22, wonach sich Alles nach der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Vertretenen richten soll, können nur auf den Fall einer Specialvollmacht bezogen werden. Hiernach ist die Entscheidung des Obertribunals, Striethorst Bd. 11 S. 206 zu beschränken, nach welcher die Unredlichkeit des Handlungsdieners oder andern Stellvertreters bei Ankauf eines gestohlenen Staatsschuldscheins von einem verdächtigen Verkäufer dem Principal nicht nachtheilig sein soll. Nur im Falle eines Specialmandats des Principals zum fraglichen Kaufe wäre diese Entscheidung zu rechtfertigen.

11) Hieraus erklärt sich wohl auch die Bestimmung von L. R. I, 7 §. 25, bei der es allerdings der Gesetzgeber nicht zur völligen Klarheit gebracht hat. Es heißt dort: „doch kann auch der redliche Mitbesitzer aus der Unredlichkeit des Andern, zum Schaden eines Dritten, keinen Vortheil ziehen." Was den Redaktoren vorschwebte, geht aus folgender Aeußerung von Suarez — Materialien S. 226 — hervor: „z. E. wenn von mehreren socii einer mala fide ein Haus für die Societät acquirirt und solches der Societät zum gemeinschaftlichen Gebrauch für die Compagniehandlung überläßt, so muß die ganze Societät dem Eigenthümer für den daraus gezogenen Vortheil gerecht werden und auch die redlichen Mitglieder können das Eigenthum des Hauses für die Societät per praescriptionem nicht erwerben." Offenbar sollte die Bestimmung also den Fall treffen, in welchem einer der Gesellschafter als Geschäftsführer auf Grund allgemeiner Vollmacht für die Gesellschaft handelte und mala fide war. — Aehnliches Resultat entnimmt die Entsch. des O. Trib. Bd. 76 S. 202 dem L. R. I, 13 §. 85.

12) Nähere Vorschriften finden sich über dies Verhältniß in L. R. I, 7 §§. 26—32. Nach §. 27 wird der redliche Besitz nachträglich unredlich, wenn die Majorität der Genossen die Ueberzeugung von dessen Unrechtmäßigkeit gewinnt. Umgekehrt muß also auch der ursprünglich unredliche Besitz durch Aenderung der Ueberzeugung der Majorität der Genossen zum redlichen werden.

Digitized by Google

und Verbindlichkeiten eines jeden Mitgliedes nach seiner eigenen Redlichkeit oder Unredlichkeit zu beurtheilen.[13]

§. 155. Verlust des Besitzes.[1]

1. Der Besitz erlischt vor Allem durch den Untergang der thatsächlichen Verfügungsmacht des Besitzers — des corpus possessionis. Damit ist natürlich nicht gemeint das Aufhören unmittelbarer leiblicher Einwirkung auf die Sache, da der Besitz nicht an sie gebunden ist, sondern eine solche Veränderung der Lage, daß der bisherige Besitzer nicht mehr auf die Verfügung über die Sache zählen kann.[2]

Hierzu bedarf es in der Regel des Eintritts einer positiven Begebenheit, welche die Sachlage umgestaltet.[3] Dieselbe kann eine vom Besitzer ausgehende Handlung oder eine Thätigkeit Dritter oder auch ein Naturereigniß sein. Beispielsweise erlischt der Besitz an beweglichen Sachen durch Verlieren oder Stehenlassen derselben am dritten Orte, wenn der Versuch des Wiederfindens gescheitert ist und kein Dritter sie für uns in Gewahrsam genommen hat, oder durch Auswerfen im Meere oder Versinken in den Strom, falls eine sofortige Hebung unthunlich ist, so daß sie sich der Beherrschung entziehen, an Thieren insbesondre hört er auf, wenn sie sich verlaufen und keine gegründete Aussicht auf deren Rückkehr oder baldige Wiedereinfangung existirt.[4] Ferner verlieren wir den Besitz unserer Sache dann, wenn ihn ein Anderer ergriffen hat, so, wenn wir behufs der Exekution eines Erkennt-

---

13) Vgl. L. R. I, 7 §. 35 ff., wo dann aber eine Menge anomaler Bestimmungen getroffen sind. Es sollen, wenn die Sache selbst wegen Dolus der Majorität restituirt werden muß, die unredlichen Mitglieder auch wegen der von den redlichen Mitgliedern gezogenen Nutzungen haften, ferner sollen auch die Redlichen im Falle der Insolvenz der Unredlichen ihre Bereicherung durch die Nutzungen herausgeben müssen.

1) L. R. I, 7 §. 111 ff. Savigny Besitz §. 30. Ihering l. c. S. 167 ff.

2) Vgl. L. R. I, 7 §§. 112. 113.

3) l. 153. D. de R. J. 50, 17: ut . . nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est. Die herrschende Meinung nimmt hiernach seit Savigny an, die Aufhebung des Besitzes erfolge nicht schon durch das Erlöschen der ihn bedingenden Momente, sondern erst durch Verkehrung derselben in ihr Gegentheil, mit anderen Worten: wenn der Besitz einmal entstanden sei, nehme das Recht seine Fortdauer unter Umständen an, unter denen er eigentlich nicht mehr bestehe. Windscheid I, §. 156 Anm. 2. Doch zeigt sich neuerdings mehr das Bestreben, die in den Quellen des römischen Rechts enthaltenen Entscheidungen auf den Begriff des Besitzes selbst zurückzuführen. — Ihering stellt S. 209 das Princip auf: der Besitz gehe unter, wenn die Sache in eine Lage gerathen sei, die sich mit der regulären Art und Form, wie der Eigenthümer sich derselben zu bedienen pflege, nicht verträgt. Es hängt dies mit seiner allgemeinen Auffassung, wonach der Besitz die Thatsächlichkeit des Eigenthums sein soll, zusammen. — Uns scheint auch hier die Beziehung auf das Eigenthumsrecht überflüssig.

4) Vgl. l. 3 §. 13 ff. l. 25 pr. l. 13 pr. l. 15. D. h. t. 41, 2.

Digitized by Google

nisses[5] oder in Folge einer Expropriation außer Besitz gesetzt werden. Eine wichtige positive Bestimmung des preußischen Rechts ist jedoch, wie bereits bemerkt wurde, daß eine formell fehlerhafte Besitzergreifung durch einen Dritten nur unsre Gewahrsam, nicht unsern Besitz aufhebt; dieser wird also als fortbestehend fingirt.[6] [7] Eine Anwendung dieses allgemeinen Satzes ist, daß der Stellvertreter, welcher für uns besitzt, den juristischen Besitz nicht gegen unsern Willen zu unserm Nachtheil erwerben kann, indem er etwa die Absicht faßt, statt in unserm Namen, fortan für sich zu besitzen.[8]

Der Besitzverlust, welcher in der Regel die Folge einer die Sachlage plötzlich verändernden Begebenheit ist, kann aber auch durch bloße längere Zeit hindurch fortgesetzte Vernachlässigung entstehen, wenn in Folge derselben die Sache aufhört, zur Verfügung des Besitzers zu sein.[9]

Der Besitz erlischt auch mit völligem Untergang des besessenen Objekts.[10]

---

5) Durch die in Vollstreckung eines zur Uebergabe eines Grundstücks verurtheilenden Erkenntnisses bewirkte gerichtliche Uebergabe an den Extrahenten der Exekution wird der seitherige Besitz einer bei dem betreffenden Processe nicht betheiligt gewesnen Person an dem Grundstück an sich nicht erledigt. Entsch. des O. T. Bd. 69 S. 48.

6) L. R. I, 7 §§. 96. 97. 122, oben §. 148 Anm. 7. In Folge dessen hat der speciellere römische Satz für uns keine Bedeutung, wonach dann, wenn ein Anderer mein Grundstück in meiner Abwesenheit occupirt, Verlust des Besitzes nicht eher angenommen wird, bis ich von der Okkupation erfahren hatte und dieselbe duldete. l. 6 §. 1. l. 7. l. 18 §. 3. l. 25 §. 2. l. 46. D. h. t. 41, 2.

7) Eine ähnliche Bestimmung hatte das römische Recht für servi fugitivi, indem man annahm, der Herr behalte seinen Besitz an ihnen, trotzdem, daß sie sich seiner faktischen Gewalt entzogen hätten. l. 1 §. 14. l. 50 §. 1. D. de a. v. o. p. 41, 2.

8) L. R. I, 7 §§. 69. 125. l. 3 §§. 19. 18. D. de a. vel. o. poss. 41, 2.

9) l. 47. D. de a. vel. o. p. 41, 2. l. 37 §. 1. D. de usurp. 41, 3. Jhering l. c. S. 210. Erlischt der Besitz durch Abwesenheit, Gefangenschaft, Verschollenheit des Besitzers? Zuweilen verneint man die Frage schlechthin. Doch hängt Alles von den konkreten Verhältnissen ab. Der Besitz erhält sich ohne Frage, so lange ein Vertreter für den Abwesenden im Besitz ist; ferner bei einer bloß temporären Entfernung und so lange baldige Rückkehr des Besitzers zu erwarten ist. Dagegen kann man keine Fortdauer des Besitzes annehmen, wenn Jemand Jahre lang abwesend oder verschollen ist und sich Niemand um die besessenen Objekte kümmerte. l. 37 §. 1. D. de usurp. et usuc. 41, 3 . . . vel longo tempore abfuerit. Auch Wahnsinn des Besitzers vernichtet den Besitz nicht sofort, l. 27. D. de a. vel om. poss. 41, 2. Daß der Besitz aber hinsichtlich solcher vom Wahnsinnigen besessenen Objekte fortdauert, von denen der Vormund derselben nichts weiß und um die er sich nicht kümmert — Bruns: Bekker's Jahrbuch Bd. 4 S. 40 —, ist nicht richtig.

10) Gegen den Dritten, welcher das besetzte Objekt unbefugterweise zerstörte, kann hiernach nicht im Possessorium, sondern nur petitorisch auf Entschädigung geklagt werden. Der Fall liegt aber nicht vor, wenn ein Dritter das von uns besetzte Gebäude abbrach. Mit Recht hat daher das O. Trib. Entsch. Bd. 68 S. 161 ff. entgegen früherer Praxis in solchem Fall ein Possessorium auf Wiederherstellung

Digitized by Google

2. Der Besitz geht ferner dadurch verloren, daß der Besitzer den Entschluß erklärt, nicht mehr besitzen zu wollen. Vorausgesetzt ist volle Willensfähigkeit des Besitzers.[11]

Der Wille der Besitzaufgabe kann ein unbedingter sein; er kann sich aber auch noch von zukünftigen ungewissen Ereignissen abhängig machen. Wie ist die Sache aufzufassen, wenn der Besitz zu dem Ende aufgegeben wurde, damit ein Dritter ihn erwerbe, während dieser in Folge von persönlicher Unfähigkeit zum Erwerbe oder in Folge eines Irrthums gleichwohl nicht in den Besitz kommt? Gab der Besitzer dem Dritten nur die Ermächtigung, sich in den Besitz zu setzen, so besteht in solchem Falle der bisherige Besitz fort, weil er nur unter einer nicht eingetretenen Bedingung aufhören sollte. Der Besitz erlischt hingegen, wenn man die Sache unmittelbar dem Dritten ausgehändigt hat, welcher den Besitz zufälligerweise nicht erwerben konnte oder wollte, denn hier hat der Uebertragende den Besitz bedingungslos aufgegeben.[12]

3. Des Weiteren erlischt der Besitz als ein bloß thatsächliches Verhältniß durch den Tod des Besitzers, so daß es für den Erben einer neuen Besitznahme bedarf. Allerdings hat dies das Landrecht nicht, wie das römische Recht, ausgesprochen. Gleichwohl wird dieser Untergang von der preußischen Praxis angenommen.[13]

---

zugelassen, da die Niederreißung des Gebäudes sich nur als Störung des Besitzes am Grundstück, nicht als Vernichtung des Objekts des Besitzes, welches das Grundstück ist, darstellt. Einen Vorbehalt macht das Obertribunal bezüglich des Miethbesitzes.

11) L. R. I, 7 §§. 117 u. 118.

12) Hieraus erklären sich die Entscheidungen der l. 18. §. 1. D. h. t. 41, 2 von Celsus und der l. 34. pr. D. eod. von Ulpian, welche man mit Unrecht meist als sich widersprechend ansieht. Celsus behandelt den Fall: si furioso, quem suae mentis esse existimas, rem tradideris. Hier gilt: licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis. Der Wille der Besitzaufgabe war hier ein unbedingter: illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat: imo vult dimittere, quia existimat se transferre. Ganz anders im Falle, welchen Ulpian in der l. 34 pr. D. eod. bespricht: si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem ... ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione. Hier ging der Wille dessen, der den Andern zum Besitzerwerb ermächtigte, nur dahin, mit der Besitzergreifung durch diesen den Besitz aufzugeben. Vgl. übrigens Scheurl Beiträge I. S. 202, Windscheid I. §. 156 Anm. 5, auch Gruchot Bd. 5 S. 331.

13) Das Princip des römischen Rechts spricht aus l. 23. pr. D. d. a. v. o. p. 41, 2. Deutsche Rechtsauffassungen stimmen hiermit nicht überein. Daher nimmt auch das französische Recht bei Intestaterbschaften wie bei einer die Intestaterben völlig ausschließenden testamentarischen Succession an, daß der Erbe den Besitz fortsetze: le mort saisit le vif. Das preußische Landrecht, welches über diese Art des Besitzverlustes schweigt, dürfte wohl von der gleichen Anschauung ausgegangen sein, vgl. L. R. I, 7 §. 49. I, 9 §. 368. Das O. T. aber hat sich durch Plenarbeschluß vom 7. Nov. 1849 Präj. 2161, Entsch. Bd. 18 S. 3 ff. für das römische Princip erklärt.

Digitized by Google

4. Es kann auch der Besitz auf Zeit oder unter einer auflösenden Bedingung übertragen sein. Er erlischt dann nach der Bestimmung des Landrechts mit Ablauf der Zeit oder Eintritt der Bedingung, und wird fortan bloße Innehabung.[14]

Wird der Besitz durch einen Stellvertreter ausgeübt, so wird die Endigung gleichwohl principiell nach der Person des Vertretenen beurtheilt.[15] Daher geht der Besitz unter dadurch, daß der Vertretene zum Entschlusse kommt, denselben aufzugeben, keineswegs aber dadurch, daß der Stellvertreter eine solche Entschließung faßt. Damit wir ferner durch thatsächliche Ereignisse den Besitz verlieren, genügt es nicht, daß unser Stellvertreter nicht mehr über die Sache disponiren kann, es ist vielmehr erforderlich, daß uns selbst die Verfügung über die Sache entzogen ist. Man denke z. B., unser Pächter oder Verwalter sei etwa, weil er sich den Dorfleuten verhaßt machte, oder beim Herandringen eines feindlichen Heeres von unserm Gute geflohen, offenbar haben wir damit den Besitz noch nicht verloren. Ebensowenig erlischt unser Besitz an sich dadurch, daß unser Stellvertreter stirbt, falls nur die Sache uns zur Verfügung bleibt.[16]

Eine Abweichung findet sich jedoch im Falle der nothwendigen Repräsentation eines Handlungsunfähigen. Hier ist der Wille des Repräsentanten, z. B. des Vormundes, den Besitz aufzugeben, als Wille des Mündels zu erachten.

---

14) L. R. I, 7 §. 131. Dies gilt namentlich vom Miethbesitz. Ein solcher Fall liegt auch vor, wenn Jemand das Recht zur Ausnutzung eines Torfstichs bis zur Befriedigung mit einer Forderung im Besitz hatte und die Befriedigung eingetreten ist: Entsch. des Obertrib. Bd. 44 S. 44. Anders Koch L. R. zum §. 131.

15) Das Landrecht behandelt die einschlagenden Fragen nicht besonders. Sie sind daher nach allgemeinen Grundsätzen und gemäß dem Vorbilde des römischen Rechts zu entscheiden.

16) Regelmäßig behaupten die Schriftsteller des gemeinen Rechts, der Besitz werde dadurch verloren, daß dem Vertreter die beliebige Einwirkung auf die Sache unmöglich werde oder derselbe aufhöre, für den Vertretenen besitzen zu wollen; jedoch gelte von diesem Satze eine Reihe von positiven Ausnahmen. Der Besitz werde in Folge dessen z. B. nicht verloren durch den Tod des Vertreters, nicht durch die eintretende Willensunfähigkeit desselben, nicht dadurch, daß derselbe die körperliche Herrschaft aufgebe. Windscheid Pand. I. §. 157. Diese angeblichen Ausnahmen sind aber nichts als Ausflüsse der anders zu fassenden Regel. Daher erklärt sich l. 31. D. de dolo 4, 3. l. 3. §. 8. l. 44. §. 2. D. h. t. 41, 2, womit die mehr das physische Moment betonende Aeußerung von Africanus in l. 40. §. 1 D. eod. allerdings im Widerspruche steht, was nicht auffallen kann, da die Arbeit der römischen klassischen Jurisprudenz in der Besitzlehre wesentlich in der Ueberwindung einer zu realistischen Auffassung des älteren Rechts bestand, wobei der eine Schriftsteller weiter, der andere weniger weit ging, siehe oben §. 152 Anm. 6, auch §. 153 Anm. 4. — Dagegen geht die l. 12 C. h. t. 7, 32 von Justinian weit über das hinaus, was die Natur der Sache mit sich bringt, und enthält eine rein positive Bestimmung. Vgl. Bangerow I. §. 209. Anm.

Digitized by Google

III. Die Wirkungen des Besitzes.

§. 156. Allgemeines.

Die Wirkungen des Besitzes sind mannichfache. Der Besitz ist insbesondere ein Element für den Eigenthumserwerb durch Tradition, durch Okkupation und durch erwerbende Verjährung.[1] Nicht weniger knüpfen sich an die Stellung als Besitzer Rechte und Verbindlichkeiten gegenüber demjenigen, welchem an der Sache Rechte zustehen.

Dann aber wird der Besitzer gemäß der älteren gemeinen Lehre[2] auch nach preußischem Rechte bis zum Beweise des Gegentheils als zum Besitze berechtigt angesehen, er gilt nach den Worten des Landrechts als rechtmäßiger Besitzer.[3] Daher genügt z. B. im preußischen Rechte, wie dies auch die sächsische Praxis anerkannt hat,[4] zur Anstellung und Durchführung einer actio negatoria oder confessoria der bloße Besitz des Grundstücks, dessen Freiheit behauptet oder zu dessen Gunsten eine Servitut oder eine aus dem Nachbarrecht stammende Befugniß angesprochen wird.[5] Der Besitzer ist ferner, da er als Eigenthümer gilt, legitimirt, etwaige Schadensansprüche wegen Entziehung der besessenen Sache durch Expropriation zu erheben.[6] Es sind endlich Dritte, welche eine fremde Sache zufälligerweise überkamen, berechtigt und verpflichtet, dieselbe dem letzten Besitzer herauszugeben.[7] Dem römischen Rechte war eine solche Präsumtion der Rechtmäßigkeit des Besitzes unbekannt.[8]

---

1) Im Landrechte selbst wird der Besitz hauptsächlich als „allgemeine Quelle der Sachenrechte" behandelt. Suarez in den Materialien v. Simon u. Strampff S. 111.

2) Diese Präsumtion reicht bis zu den Glossatoren hinauf. Gl. in vacuum l. 12. C. de probat. Dicit Placentinus hic: quod eo ipso, quod quis possidet vel possederit, dominus praesumitur et vindicat, si a possessione cadit, quod non placet. Bruns in Bekker's Jahrb. Bd. IV. S. 56.

3) L. R. I, 7 §§. 179. 175. 176. Simon Materialien S. 116, der Besitz ist eine interimistische Legitimation zur Sache, sowie die Verjährung eine vollständige Legitimation zur Sache ist. Materialien S. 201. S. 207. S. 277. S. 283. Es gilt dies also nicht bloß für die Defensive des Besitzes, vgl. Anm. 8. A. Ansicht Randa a. a. O. insbesondre Seite 80.

4) Vgl. z. B. Kind. ed. I. quaest. for. III. c. 45.

5) Präj. 2008. ferner Striethorst Bd. 95 S. 26. Die Vermuthung der Freiheit des Eigenthums überwiegt die Vermuthung der Rechtmäßigkeit des Besitzes L. R. I, 7. §. 181.

6) Bei der Enteignung von Grundstücken ist jedoch in erster Linie das Grundbuch maßgebend, nur wo dies nicht vorhanden ist oder nicht ausreicht, der Eigenthumsbesitz. Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 §. 24 ff.

7) L. R. I, 7 §. 140, cfr. §§. 167 u. 168.

8) Daß der nichtbesitzende Kläger nach römischem Rechte bei Anstellung der rei vindicatio dem besitzenden Verklagten gegenüber sein Eigenthum beweisen mußte, beruhte nicht darauf, daß der Letztere als Eigenthümer präsumirt wurde, sondern auf dem Grundsatze „actore non probante reus absolvitur." §. 4. J. de interdictis

Digitized by Google

Die eigenthümlichste Wirkung des Besitzes ist der selbständige Besitzesschutz. Wie ist derselbe zu erklären, da der Besitz doch nicht Recht, sondern zunächst nur eine Thatsache ist, welche scheinbar als solche keinen Rechtsschutz verdient?[9] Es reicht nicht aus, denselben auf die Präsumtion, daß der Besitzer Eigenthümer sei, zurückzuführen, und in demselben die nothwendige Ergänzung des Eigenthumsschutzes, mit anderen Worten, eine dem Eigenthümer zugedachte Beweiserleichterung zu sehen.[10] Denn dann müßte der liquide Beweis des Nichteigenthums des Besitzers die Besitzesklage unwirksam machen, was doch keineswegs der Fall ist.[11] Der Besitzesschutz bedarf auch einer solchen äußerlichen Rechtfertigung nicht. Derselbe beruht ebensosehr auf dem Bedürfnisse der menschlichen Gesellschaft, als der Rechtsschutz selbst. Die Verfolgung der uns gestellten Lebensziele fordert die Sicherheit der fortdauernden Benutzung der unserer Verfügung bereitstehenden Objekte. Eine willkürliche, wenn auch nur zeitweise Unterbrechung dieses thatsächlichen Verhältnisses könnte eine unersetzliche Störung unserer Lebensthätigkeit herbeiführen, unter Umständen wäre sie im Stande, uns gerade zu vernichten. Die Unantastbarkeit unserer thatsächlichen Vermögensstellung ist daher eine der Bedingungen des geordneten Zusammenlebens im Staate, so jedoch, daß der faktische Zustand begreiflich immer dem Nachweise des besseren Rechtes weichen muß.[12]

Die possessorischen Klagen, welche dem Besitzesschutze dienen, zerfallen in zwei Klassen.[13] Possessorische Rechtsmittel im engeren Sinne sind solche,

---

4, 15. Handelte es sich hingegen um eine Klage des Besitzers auf Grund des Eigenthums, z. B. um die actio negatoria, so mußte er dies Eigenthum darthun und konnte sich nicht einfach dadurch legitimiren, daß er seinen Besitz nachwies. Aber freilich mochte bei der Freiheit der römischen Beweiswürdigung dieser Beweis je nach Umständen schon durch den Nachweis, daß er sich als Eigenthümer unangefochten gerirt hatte, geführt werden. Hierdurch erledigen sich wohl die Bemerkungen von Ihering l. c. S. 48.

9) Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. Ihering l. c. S. 3 ff.

10) Dies ist die Ansicht von Ihering l. c. S. 45 ff.

11) So hat z. B. nach römischem Rechte der Ehegatte Besitz und Besitzesschutz an den ihm während der Ehe von seinem Gatten geschenkten Sachen, obgleich er durch eine solche Schenkung kein Eigenthum erhalten konnte, l. 1. §. 4. D. de a. vel om. poss. 41, 2. Nach preußischem Rechte ferner kann Eigenthum an einem Immobile im Fall freiwilliger Veräußerung nur durch Auflassung erworben werden; dennoch hat derjenige, welcher auf Grund eines Veräußerungsvertrages ohne Auflassung Besitz erwarb, die possessorische Klage, und dieselbe kann nicht dadurch beseitigt werden, daß der Verklagte das mangelnde Eigenthum des Klägers sofort liquid stellt.

12) Diese Auffassung stimmt überein mit der von Stahl Philosophie des Rechts Bd. 2 Abth. 7 S. 364 ff. 2te Aufl., welche mir durch Ihering l. c. S. 42 ff. nicht widerlegt scheint. Andre Ansichten über den Grund des Besitzesschutzes siehe bei Randa §. 8.

13) Außer den possessorischen Rechtsmitteln ist dem Besitzer zum Schutze seines Besitzes in gewissem Maße auch die Selbsthülfe gestattet L. R. I, 7. §. 141 ff. Hierüber vgl. oben §. 122 Anm. 6.

Digitized by Google

welche die Regelung der Besitzverhältnisse unmittelbar zum Zwecke haben. Im weiteren Sinne possessorisch hingegen sind diejenigen Klagen, welche sich zwar bloß auf die Thatsache des Besitzes gründen, hingegen nicht den Zweck haben, die Besitzverhältnisse unmittelbar zu ordnen, sondern Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung durchzuführen.

§. 157. Die Besitzesklagen. Geschichtliches.[1]

Das possessorische Rechtsmittel des preußischen Rechts ist nichts anderes, als das possessorium summariissimum, wie es der Instinkt der gemeinrechtlichen Praxis geschaffen hatte. Unentbehrlich für das Verständniß auch unseres Rechts ist daher die Kenntniß der Entstehung dieses Rechtsmittels, dessen erste Ausgangspunkte in den römischen Interdikten zu suchen sind, das aber erst im mittelalterlichen Rechte seine Entwickelung fand. Von seiner Geschichte können wir freilich nur die allgemeinsten Züge vorführen.

1. Das ältere römische Recht gewährte dem Besitzer eines Grundstücks — denn von dem eigenthümlichen Besitzesschutze der Mobilien reden wir hier nicht —, wenn er den Besitz bereits verloren hatte, eine Besitzesklage nur, falls er des Besitzes durch einen Gewaltakt entsetzt war. Für diesen Fall versprach der Prätor das interdictum recuperandae possessionis, unde vi.[2] Hiervon abgesehen, wurde der Besitzer eines Grundstücks possessorisch nur geschützt, wenn er seinen Besitz besonders unter die prätorische Garantie gestellt hatte, indem er sich das interdictum retinendae possessionis, uti possidetis erbat, ein Inhibitorium, mittels dessen der Prätor den Parteien jede Antastung des zur Zeit bestehenden Besitzes untersagte.[2] Wenn dann derjenige, gegen welchen das Interdikt erbeten war, innerhalb eines Jahres gleichwohl Attentate gegen den damaligen Besitzstand machte, sei es durch Verdrängung, sei es durch Störung, so verfiel derselbe in Strafe und es traf ihn die Verpflichtung zum Ersatz des Interesses.

2. Diese Einrichtungen waren offenbar nur so lange recht passend, als der Jurisdiktionsbezirk des Prätors nur ein mäßiger gewesen war, so daß man den Magistrat bei dem geringsten Anzeichen einer Gefährdung des Besitzes sofort um Schutz angehen konnte. Nach der Erweiterung der

---

1) Bruns das possessorium ordinarium in Bekkers Jahrb. Bd. 4 S. 1 ff. Fitting interdictum uti possidetis Archiv f. civ. Pr. Bd. 55 S. 304 ff. Bruns Besitzklagen §§. 11. 14. 20—25. Stobbe P. R. §. 77. Randa S. 96 ff.

2) Daß das interdictum de precario nicht zu den eigentlich possessorischen Rechtsmitteln gehörte, hat überzeugend nachgewiesen Ihering l. c. S. 97. vgl. Bruns Besitzklagen §. 14. Dagegen ist Randa S. 126 auch mit Bezug auf L. R. I, 7 §. 147. Ein interdictum de clandestina possessione, welches manche Schriftsteller annehmen, hat nie bestanden.

Digitized by Google

römischen Grenzen reichte hingegen dies System kaum aus. Es erklärt sich hieraus wohl vorzugsweise die Tendenz, die uns schon bei den klassischen Juristen begegnet, Personen, die bereits aus dem Besitze verdrängt waren, als fortbesitzend zu behandeln, um ihnen so den Schutz des interdictum uti possidetis zu verschaffen.[3]

In der christlichen Kaiserzeit veraltete das Interdiktenverfahren, insbesondere auch das des interdictum uti possidetis. An des Letzteren Stelle trat eine Klage aus dem Interdikt, welche Anerkennung des Besitzes des Klägers und Erwirkung eines Verbots weiterer Störung zum Hauptzwecke hatte. Sie kam aber nur dem zu Gute, der im Augenblicke der Litiskontestation noch im Besitz und hierin gestört oder bedroht war.[4] Dagegen war an sich ohne Besitzesschutz, wer vorher ohne Anwendung von Gewalt seines Besitzes entsetzt war. Die Lücke auszufüllen war man auf doppelte Weise bestrebt. Man gab einmal Personen, die ohne Gewalt, aber sonst in ungehöriger Weise aus dem Besitze verdrängt waren, nach Analogie der Klage unde vi möglichst eine Interdiktsklage recuperandae possessionis.[5] Man griff außerdem vielfach zur Fiktion, die des Besitzes Entsetzten seien noch Besitzer, und verstattete ihnen von dieser Annahme aus die Interdiktsklage retinendae possessionis, obgleich sie in der That keine Besitzer mehr waren.

3. Auf dem letzteren Wege gingen nun die Juristen des Mittelalters in dem possessorium ordinarium fort, wie man die Klage aus dem interdictum uti possidetis seit der Zeit der Postglossatoren zu nennen anfing. Zwar sollte auch dies Rechtsmittel seinem Principe nach nur dem gegenwärtigen Besitzer zu Gute kommen. Aber man erachtete den als noch besitzend, welcher frühere Besitzhandlungen darthun konnte;[6] bald mischte sich ein neues Element ein, da man den als Besitzer betrachtete, wer die ältesten rechtmäßigen Besitzhandlungen darthat.[7] Man gab ferner die possessorischen Klagen auch gegen dritte gutgläubige Besitzer. Diese Umgestaltungen wurden gefördert durch germanische Anschauungen, welche in dem älteren Besitzer den an der Sache vorzugsweise Berechtigten erblickten.[8]

---

3) Vgl. Bruns l. c. S. 39.

4) §. 4 J. de interdictis 4, 15. Bruns Besitzklagen §. 7. vgl. übrigens auch Randa S. 115 Anm. 10.

5) Ihering Grund des Besitzschutzes S. 106 ff. l. 5. l. 8. l. 11. C. unde vi 8, 4.

6) Vgl. Roffredus bei Bruns l. c. S. 58.

7) Nach cap. 9 — licet causam — X. de probat. 2, 19.

8) Dies sucht namentlich nachzuweisen Delbrück in seinem Werke: Die dingliche Klage des deutschen Rechts 1857. vgl. auch Ziebarth Realexekution S. 257.

Digitized by Google

In Folge dieses Herganges verlor aber das possessorium ordinarium, obgleich es seinen historischen Ausgangspunkten nach eine Besitzesklage war, nach und nach seinen possessorischen Charakter und wurde ein petitorisches Rechtsmittel, welches sich auf das bessere Recht zum Besitz stützte. Dies Verhältniß haben auch praktische Schriftsteller des vorigen Jahrhunderts wohl erkannt, indem sie das Rechtsmittel nach seinem gegenwärtigen Charakter, nicht nach seinen historischen Wurzeln beurtheilten.[9]

4. Je mehr das possessorium ordinarium sich auf das bessere Recht zum Besitz stützte, wodurch natürlich das zu beurtheilende Proceßmaterial wachsen mußte, desto nothwendiger schien es, bis zum Austrag dieser Verhandlung Vorsorge hinsichtlich der Besitzverhältnisse zu treffen. Zu diesem Zwecke bildete sich das Summariissimum.[10] Dasselbe war ursprünglich gegeben, um drohenden Streit und Thätlichkeiten zu beseitigen. Bald diente es, auch abgesehen hiervon, dazu, um eine provisorische Regulirung des Besitzstandes herzustellen, insbesondere dazu, um den jüngsten Besitz zu schützen. Der jüngste Besitz ist aber nichts Anderes als der wirkliche Besitz.

Auf diesen Grundlagen ruht nun das preußische Recht. Dasselbe hat einmal das Ordinarium possessorium in seiner jüngsten gemeinrechtlichen Gestaltung übernommen. In dieser ist es aber, wie gesagt, petitorischen Charakters,[11] so daß es nicht in der Lehre vom Besitz zu behandeln ist. Außerdem hat unser Recht das Possessorium summariissimum anerkannt als einziges ächt possessorisches Rechtsmittel. Dasselbe ist, worin das preußische Recht gleichfalls dem Vorbilde älterer Schriftsteller folgt,[12] ebensogut bestimmt, zur Wiederherstellung des entzogenen jüngsten Besitzes, wie zur Sicherung gegen Störungen, so daß es die Funktionen eines interdictum retinendae und recuperandae possessionis vereinigt.

§. 158. Das Possessorium summariissimum. Detail.[1]

Das Possessorium summariissimum hat zum ausschließlichen Ziele, den Besitzstand zu reguliren, dagegen sind alle anderen durch die Störung oder

9) Z. B. Leyser med. spec. 499, med. 6, 7 findet, daß das possessorium ordinarium non in praesente sed in antiquiore possessione se fundat und etiam ad possessionem noviter adquirendam tendit. Hiergegen trat vom historischen Standpunkte aus Savigny auf, ohne doch die gemeinrechtliche Praxis umbilden zu können. Vgl. freilich auch Bruns Besitz S. 89 ff. Besitzklagen S. 216.

10) Bruns Besitz §§. 28. 33, ferner S. 397. S. 403.

11) A. G. O. I. 5. §. 27.

12) Bruns Besitz S. 403.

1) L. R. I, 7 §. 146 ff. A. G. O. I. Tit. 31.

Digitized by Google

Entsetzung des Besitzers entstandenen Ansprüche, insbesondere auch der auf Ersatz des erwachsenen Schadens, zur besondern Verhandlung zu verweisen.[2] Dieser Grundgedanke ist bestimmend geworden für die Eigenthümlichkeiten unseres Rechtsmittels.

Entsprechend den Zwecken eines Besitzprocesses ist das Verfahren ein summarisches. Die Beschleunigung geschieht hauptsächlich dadurch, daß nur auf solche Beweise Rücksicht genommen wird, welche sofort erbracht werden.[3] Die Appellation ist ausgeschlossen,[4] doch ist die Nichtigkeitsbeschwerde, und bei Objekten unter fünfzig Thalern der Rekurs zulässig.[5] Nach der Reichscivilproceßordnung sind processualisch die Bestimmungen über einstweilige Verfügungen behufs Regulirung eines einstweiligen Zustandes maßgebend, wobei das Gericht den Umständen angemessene Beschleunigung eintreten lassen kann.[6]

Vorausgesetzt zum Siege ist:

1. Ruhiger Besitz unmittelbar vor der Störung oder Entsetzung.[7] Hierbei kommt aber nicht bloß juristischer Besitz in Betracht, sei es unvollständiger oder vollständiger; auch bloße Detention genügt Dritten, wenn auch nicht dem Besitzer gegenüber, so daß selbst der Dieb die Klage anstellen kann.[8] Störung und Entsetzung des Pächters oder sonstigen unvollständigen Besitzers berechtigt auch den Verpächter oder sonstigen vollständigen Besitzer zur Klage, insofern er hierdurch gleichfalls in seiner Besitzesstellung verletzt wird. Auch kann der Besitzer gegen einen Detentor, der sein Besitzesrecht verletzt, oder gegen einen unvollständigen Besitzer, welcher seine Besitzessphäre überschreitet, possessorisch klagen. Der Mitbesitzer zu ideellen Theilen ferner ist befugt, seinen Mitbesitz gegen die Mitbesitzer wie gegen Dritte posses-

---

2) A. G. O. I. 31. §. 17.

3) A. G. O. I. 31. §§. 9 ff. 12. 13.

4) A. G. O. I. 31. §. 18. Im siebzehnten Jahrhundert verwarf die gemeinrechtliche Theorie die Appellation, im achtzehnten wurde sie theilweise zugelassen, jedoch ohne Suspensiveffekt. Bruns Besitz S. 406.

5) Instruktion vom 7. April 1839 n. 21. II. Plenarbeschluß des Obertribunals vom 21. November 1845, Entscheidungen Bd. 12 S. 135. Reskript vom 5. März 1842.

6) R. C. P. O. §. 819.

7) L. R. I, 7 §. 154.

8) Doch ist das Letztere bestritten. Für diese Ansicht u. A. Koch Besitz S. 34 ff. Dagegen Simon und Strampff Materialien S. 618. Ueber A. G. O. I. 31. §. 14 siehe unten Anm. 12. — Thatsächliche Vortheile, die sich nicht als Ausflüsse eines Rechts darstellen, haben keinen Besitzesschutz, z. B. der Vortheil, daß das Nachbargrundstück nicht bebaut ist. Entsch. des Obertrib. Bd. 77 S. 150. l. 26. D. de damno infecto 39, 2.

Digitized by Google

sorisch geltend zu machen.[9] Die einmal erworbene Possessorienklage geht auf die Erben des entsetzten Besitzers über, obgleich sich der Besitz an sich nicht vererbt.

Wenngleich ruhiger Besitz unmittelbar vor der Störung oder Entsetzung Voraussetzung des Sieges ist,[10] so ist nicht schlechthin zu dessen Beweise nothwendig, Besitzeshandlungen, welche der Störung unmittelbar zeitlich vorausgingen, darzuthun. Vielmehr genügt auch der Nachweis früher vorgekommener Besitzeshandlungen, vorausgesetzt, daß von der Gegenseite keine späteren Unterlassungen, welche auf die Aufgabe des Besitzes Seitens des Klägers schließen lassen, oder Unterbrechungen seines Besitzstandes durch Handlungen des Verklagten oder Dritter nachgewiesen werden, da dann nach allgemeinen Denk- und Erfahrungssätzen anzunehmen ist, daß der durch die frühere Handlung dokumentirte Besitz noch in dem Momente der Turbation als gegenwärtiger fortdauerte.[11]

Der Verklagte kann sich, wie nach römischem Rechte, dem Kläger gegenüber durch den Einwand vertheidigen, daß dieser von ihm selbst fehlerhaft besitze, das heißt, daß er sich gewaltsam, heimlich, betrüglich oder auch bittweise von ihm den Besitz verschafft habe. Nur muß der Verklagte im Stande sein, diese Einreden auch sofort im Besitzprocesse liquid zu stellen.[12]

2. Es ist weiter nach dem Worte der Gesetze gefordert, daß der Verklagte dem Kläger den Besitz mit Gewalt oder heimlich, durch List oder bittweise entnommen oder daß er ihn solcher Gestalt zur Ungebühr in seinem Besitze gestört habe.[13]

In der That ist aber die Klage Bedürfniß bei jeder unbefugten[14] Entsetzung und Störung des Besitzes, mag deren Form gewesen sein, welche

---

9) Auch über den Umfang ihres Besitzes — nicht ihres Rechts — können sie possessorisch gegeneinander streiten. Anders Förster Bd. 3 §. 162 Anm. 50; richtig auch Randa S. 140.

10) L. R. I, 7. §. 154.

11) Plenarbeschluß des Obertribunals vom 6. Nov. 1848 Präjudiz n. 2063. Entscheid. Bd. 17 S. 3. Der Grundsatz olim possessor, hodie possessor ist also nicht als eine bindende Präsumtion aufgenommen, wohl aber macht er sich als faktische Vermuthung je nach Umständen geltend. Gemeinrechtlich wurde über die Geltung der Präsumtion seit der Zeit der Glossatoren gestritten. Glossa constituti zu l. 15. C. de probationibus.

12) A. G. O. I. 31. §. 14. Es wird hier zwar nicht besonders hervorgehoben, daß die Einrede daran gebunden sei, daß Kläger vom Verklagten fehlerhaft besitze. Doch dürfen wir dies der Sache nach und gemäß des Vorbildes des römischen Rechts hineintragen. Gemeinrechtlich hat man wohl gestritten, ob die exceptio vitiosae possessionis dem summariissimum gegenüber überhaupt Platz greife, insbesondre verneint dies Berger oeconomia juris II. 6. thes. 3. n. 4.

13) L. R. I, 7 §. 146 ff.

14) Befugte Besitzstörung oder Besitzentsetzung, bei welcher die possessorische Klage unzulässig ist, liegt unter Anderm vor, wenn die Behörde einem Unternehmer die

Digitized by Google

sie wolle. Dem hat sich auch die Praxis im Wesentlichen gefügt.[15] Aber selbst im Falle bloßer Drohungen,[16] ja nur mündlicher Anfechtung des Besitzes wird man das Possessorium nicht füglich verweigern können, da eine Möglichkeit gegeben sein muß, das zwischen zwei Personen streitige, wenn auch thatsächlich noch nicht gestörte Besitzverhältniß richterlich festzustellen und gegen künftige Antastung zu schützen.[17] Hiernach bedarf es auch nicht nothwendig positiver gegen den Besitz gerichteter Handlungen, um die Klage zu erzeugen, vielmehr kann eine Störung auch im Dulden störender Zustände, z. B. des Herüberwachsens von Zweigen oder des Herüberfallens von Steinen liegen. Namentlich wird man auch nicht etwa eine subjektive Schuld des Verklagten zur Voraussetzung des Possessoriums machen dürfen. Dasselbe ist vielmehr der Natur der Sache nach auch gegen denjenigen zulässig, der die Besitzansprüche des Gegners entschuldbarerweise für nicht vorhanden ansah, da es sich nicht um Schadensersatz, sondern um Besitzregulirung handelt.

Der Zweck der Klage bedingt aber weiter, daß der Verklagte, wenn Besitzrestitution gefordert wird, in der Lage sein muß, solche zu gewähren,[18] und daß, soweit Schutz gegen Störungen verlangt wird, es sich um Störungen handelt, deren Fortsetzung von seiner Seite zu fürchten ist oder die er wenigstens verhindern kann.[19] Störungen im Besitze hingegen, die offenbar

---

Ermächtigung zu Vorbereitungshandlungen für eine Enteignung gegeben hat, sowie wenn die Enteignungserklärung dem Enteigneten zugestellt wird, Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 §§. 5. 32; es ist ferner der Exekutor dem Exequendus gegenüber zu Besitzentsetzungen befugt, wie auch der Vermiether zur Rückhaltung der Illaten des Miethers berechtigt sein kann. Die Befugniß zur Besitzentsetzung steht natürlich nicht Jedem zu, der ein besseres Recht zum Besitz hat, da er vielmehr petitorisch klagen muß.

15) Präjudiz des Obertribunals n. 1565, ferner Entscheidungen Bd. 44 S. 51. Vgl. Gruchot Bd. 5 S. 484.

16) Anders freilich Obertribunal im Präjudiz n. 1252. Jedoch beschränkt dies das Obertribunal selbst wesentlich Entsch. Bd. 32 S. 33. Unserer Ansicht Koch zu L. R. I, 7 zu §. 150. Der richtigen Ansicht nach kann daher auch in einer Denunciation an den Besitzer, welche ihm Besitzhandlungen untersagt, eine Turbation liegen. Dies hat das Obertribunal, welches sich mehrfach hiergegen erklärte, später, Entsch. Bd. 35 S. 21, im Wesentlichen anerkannt.

17) Vgl. Ihering Grund des Besitzesschutzes S. 93. Ob die Störung real sein müsse, was allerdings den nächstliegenden Fall und Ausgangspunkt des Rechtsmittels bildete, oder ob verbale genüge, wohin die Natur die Sache drängte, darüber war auch gemeinrechtlich Streit. Bruns Besitz S. 404.

18) Das Obertrib. Bd. 70 S. 324 ff. läßt die Besitzklage auch zu, wenn derjenige, welcher die Besitzentziehung vorgenommen hat, zur Zeit der Klaganstellung thatsächlich sich nicht mehr in der Lage befindet, über die entzogne Sache zu verfügen und den Besitz dem Kläger wieder einzuräumen. Es kann dann aber das Erkenntniß nur einen präjudiciellen Charakter haben, indem es anerkennt, daß Kläger ruhigen Besitz gehabt hat; ein unmittelbares praktisches Ziel verfolgt sie nicht.

19) Nicht richtig aber ist, daß der Verklagte, wie das Obertribunal Entsch. Bd. 18 S. 11 ff. annimmt, die Störung in der Absicht vorgenommen werden muß,

Digitized by Google

nur einen vorübergehenden Charakter haben, können zwar eine Schadensersatzklage, nicht aber eine Klage auf Besitzregulirung begründen. Hierdurch beantwortet sich denn auch die Frage, inwieweit die Besitzesklage gegen denjenigen gerichtet werden kann, der uns in fremdem Auftrage entsetzte oder störte. War Jemandem bloß die einzelne Handlung aufgetragen, so kann eine possessorische Klage ihm gegenüber nicht Platz greifen, wenn er auch etwa auf Schadensersatz belangt werden kann; hat er hingegen eine allgemeinere Vollmacht, ist er z. B. Inspektor eines Gutes, Generalbevollmächtigter, und also in der Lage, die einmalige Störung fortzusetzen, so existirt kein Grund, ihm gegenüber die possessorische Klage zu verweigern.[20] Gegen den Auftraggeber ist sie aber stets zuständig.

3. Nach der Bestimmung der Gerichtsordnung I, 31. §. 1 findet das Summariissimum auch nur statt, wenn der Kläger seines Besitzes „neuerlich" entsetzt worden ist. Die herrschende Meinung legt dies so aus, daß dasselbe nur wegen solcher Besitzstörungen und Entsetzungen zulässig sein soll, welche innerhalb einer kurzen, in jedem Falle aber nach den Umständen zu bestimmenden Zeitfrist, von Anstellung der Klage zurückgerechnet, vorgefallen sind.[21]

Sind alle diese Voraussetzungen vorhanden, so ist der Kläger wieder in den früheren Zustand zu setzen.[22] Störende Veränderungen sind zu beseitigen, gegen weitere störende Handlungen des Verklagten wird der Kläger dadurch geschützt, daß ihm Strafe für den Fall erneuerter Störung angedroht wird. Zur Sicherstellung wegen künftiger Beunruhigung kann der Störer angehalten werden, wenn er dem richterlichen Befehle schon einmal entgegenhandelte, oder, wenn er voraussichtlich nicht im Stande ist, dem Gestörten für etwaigen durch weitere Störungen entstandenen Schaden sofort nachzukommen.[23]

Ergiebt sich, daß der Verklagte seinerseits der ruhige jüngste Besitzer ist, so hat der Richter auf dessen Antrag dies anzuerkennen. Der Besitzesproceß ist ein judicium duplex.

---

um sich den Besitz des Gestörten anzueignen, oder daß er wenigstens die Absicht gehabt haben muß, den Besitz des Andern zu stören.

20) Jedoch will im weiteren Umfange die Klage ausschließen Plenarbeschluß vom 2. April 1849, Präjudiz n. 2160, Entsch. Bd. 18 S. 11. Vgl. übrigens Randa S. 207.

21) Plenarbeschluß vom 2. März 1847, Präj. n. 1851, Entsch. Bd. 14 S. 159. Andere wollen nach Analogie der A. G. O. I. 44. §. 45 eine sechsmonatliche Frist als maßgebend ansehen.

22) Der Umfang des Besitzes, dessen Wiederherstellung verlangt wird, muß der Art bezeichnet sein, daß ein Urtheil hierüber möglich ist. Striethorst Bd. 97 S. 114.

23) L. R. I, 7 §§. 146. 151—153. vgl. Striethorst Bd. 80 S. 207.

Digitized by Google

Iſt der letzte ruhige Beſitzſtand zweifelhaft, ſo hängt die Ordnung der Sache von dem richterlichen Ermeſſen ab. Je nach den Umſtänden iſt entweder dem einen Theile der Beſitz interimiſtiſch zu überweiſen oder die Sache in gerichtliche Verwahrung zu nehmen.[24]

Das Erkenntniß im Beſitzproceſſe begründet nur ein Interimiſtikum. Wenn daher derjenige, welcher in dem Possessorium summariissimum unterlegen iſt, hinterher aus ſeinem beſſern Rechte zum Beſitze geklagt und in erſter Inſtanz geſiegt hat, ſo wird er auf Grund dieſes im Petitorium ergangenen erſtinſtanzlichen Urtheils in den Beſitz geſetzt.[25]

§. 159. Klage auf Schadenserſatz wegen Verletzung des Beſitzſtandes.

Die römiſchen Klagen aus dem interdictum unde vi und dem uti possidetis hatten nicht bloß Wiederherſtellung des aufgehobenen und geſtörten Beſitzes, ſondern außerdem auch Schadenserſatzanſprüche wegen der Turbation des Beſitzers zum Gegenſtande. Das Possessorium summariissimum hingegen als exkluſiv poſſeſſoriſches Rechtsmittel ſchließt, wie wir ſahen, die Frage des Schadenserſatzes aus. Jedoch ſind um deswillen ſolche Anſprüche nicht etwa völlig unzuläſſig; ſie ſind vielmehr bei uns in einem beſondern Verfahren geltend zu machen.[1] Dies hat keinen ſummariſchen Charakter.

Die Baſis der Schadensklage iſt die Verſchuldung des Verklagten, die in der Verletzung des fremden Beſitzſtandes liegt.[2] Auch einmalige und vorübergehende Störungen genügen. Belangbar iſt, wer in fremdem Auftrage den Beſitzer entſetzte oder ſtörte. Namentlich iſt ferner die Klage auch gegen Denjenigen zuläſſig, der einen Andern aus dem Beſitze geſetzt hat, dieſen Beſitz aber nicht mehr innehat, ſo daß er mit der ächt poſſeſſoriſchen Klage nicht belangt werden kann. Kenntniß des fremden Beſitzes, Zurechnungsfähigkeit des Verletzers wird gefordert. Dagegen iſt die Klage unabhängig vom Rechte des Klägers zum Beſitz.

Zweifel kann die Bemeſſung der Höhe des Schadens erregen. Im Falle der bloßen Störung iſt die Minderung des Vermögens des Beſitzers

---

24) L. R. I, 7 §. 155 ff. Hierbei ſoll der Richter zunächſt auf die Grundſätze über Kolliſion der Rechte Rückſicht nehmen, namentlich aber beachten, ob dem einen Theile aus der Ueberlaſſung des Beſitzes an den Andern kein Schaden erwachſen wird, ferner darauf ſehen, welche von den Parteien der andern für den Fall, daß ſich deren Recht auf die Sache künftig herausſtellt, für den aus der Vorenthaltung des Beſitzes entſtehenden Schaden am beſten gerecht werden kann.

25) A. G. O. I. 31. §. 18.

1) A. G. O. I. 31. §. 17. Die Exiſtenz einer poſſeſſoriſchen Schadenserſatzklage leugnen die Erkenntniſſe bei Gruchot Bd. 5 S. 455, Bd. 9 S. 242 ff.

2) So auch Randa a. a. O. S. 230.

Digitized by Google

durch den entgangenen Gebrauch in Anschlag zu bringen. Im Falle der Entsetzung wird der Entsetzte um deswillen den vollen Sachwerth für den Fall der Nichtrestitution liquidiren können, weil er nach der Vermuthung des Landrechts als rechtmäßiger Besitzer gilt. Wird diese Vermuthung durch den Gegenbeweis des Nichtrechts des Besitzers entkräftet, so ist das Interesse, das er bei der Erhaltung seines Besitzes gehabt hätte, nach der besondern Lage der Verhältnisse zu schätzen.[3]

IV. Besitz der Rechte.

§. 160. Umfang des Rechtsbesitzes.[1]

Nur im Falle einer Beherrschung von körperlichen Sachen nahmen die Römer Besitz an und zwar so, daß man ursprünglich bloß Besitz dessen anerkannte, der eine solche Sache in eigenthumsgleicher Weise innehatte, später aber in der Kaiserzeit auch denjenigen Personen Rechtsbesitz zuschrieb, welche thatsächlich ein Servitutenrecht an einer körperlichen Sache ausübten.[2] Das kanonische Recht aber hat diese Beschränkung des Besitzes nicht festgehalten. Es kennt Besitz von kirchlichen und weltlichen Hoheitsrechten über Territorien und Gemeinden, ferner von kirchlichen Aemtern und Würden, von Beneficien und Pfründen, von Zehnten und anderen Reallasten.[3] Denn die ununterbrochene Ordnung in der Verwaltung der kirchlichen Aemter und der fortlaufende Zufluß der herkömmlichen Mittel zur Erhaltung der Kirche und ihrer Diener erschien als unabweisliches Bedürfniß, welches nur dadurch befriedigt werden konnte, daß der thatsächliche Zustand zunächst ohne Rücksicht auf den Rechtspunkt gesichert wurde. In diesem Schutze der thatsächlichen Verhältnisse ging man soweit, daß man selbst das eheliche Verhältniß als Gegenstand des Besitzes betrachtete. Dem kanonischen Rechte folgte die Praxis des gemeinen Rechts.[4] Dies den Verhältnissen entsprechend, indem auf die mannichfachen und an Wichtigkeit dem Eigenthum an körperlichen Sachen nicht nachstehenden Berechtigungen die Lebensexistenz zahlreicher Individuen gegründet ist, welcher auch nicht vorübergehend Abbruch gethan werden darf.

Demgemäß nahm auch das Landrecht Besitz der Rechte überall da an, wo es sich um Rechtsverhältnisse handelt, aus denen nicht eine einzelne Ver-

---

3) Vgl. l. 3. §. 10. D. uti possidetis 43, 17. Siehe übrigens Bruns Klagen §. 17, Randa S. 46.

1) Baron bei Gruchot Bd. 5 S. 79 ff. Korte bei Gruchot Bd. 5 S. 101 ff. Glossen von Gruchot Bd. 5 S. 291.

2) Oben §. 149 Anm. 4.

3) Vgl. Bruns das Recht des Besitzes im Mittelalter §. 24 und die dort citirten Stellen.

4) Vgl. Bruns l. c. S. 274 ff. S. 383 ff.

Digitized by Google

pflichtung hervorgeht, sondern eine fortgesetzte Reihe von gleichartigen Ansprüchen entspringt, so zwar, daß von einer thatsächlichen Ausübung des Rechts als eines dauernden geredet werden kann.[5] Indessen hat die spätere preußische Praxis doch, zum Theil unter dem Einflusse der romanistischen Reaktion gegen die dem römischen Rechte fremde Ausdehnung des Besitzes stehend, mehr aber wohl, weil nicht bei allen Rechten ein Bedürfniß zur Anerkennung eines Besitzes vorliegt, den Besitz der Rechte nur in beschränkterem Maße verwirklicht.

Insbesondere wird man, was die Familienrechte betrifft, nicht leicht einen Besitzstand innerhalb des ehelichen Verhältnisses gelten lassen, während von einem Besitze der väterlichen Gewalt oder eines elterlichen Rechtes eher die Rede sein dürfte. Auch findet sich Besitz bei publicistischen Verhältnissen nur ausnahmsweise; er wird erwähnt bei Patronatrechten, Regalien, der Steuerfreiheit.[6] Hauptsächlich kommt hiernach der Rechtsbesitz für reine Vermögensrechte in Frage.[7] Hier ist wiederum der Besitz an den sogenannten affirmativen Rechten, namentlich an Forderungen auf eine Leistung, ein streitiger Punkt. Principiell erkennt das preußische Recht allerdings nicht nur den Besitz von solchen Forderungen, die auf Grundstücken radicirt sind, sondern auch von Kapitalforderungen anderer Art an, falls sich aus denselben regelmäßig wiederkehrende Ansprüche, z. B. auf Zinsen, entwickeln.[8] Dennoch hat aber das Obertribunal sich dahin entschieden, daß im possessorischen Rechtswege der Regel nach Schutz des Besitzes von solchen affirmativen Rechten nicht gefordert werden könne,[9] so daß nur in bestimmten einzelnen Fällen ein Possessorium wegen affirmativer Rechte zugestanden wird.[10]

---

5) L. R. I, 7 §. 78.

6) L. R. II, 11 §. 576. II, 14. §§. 26. 80. vgl. auch L. R. II, 11 §§. 861. 863. I, 23 §. 3.

7) So giebt es unter Anderm einen Besitz und Schutz des Besitzes wegen des Gebrauchs einer Firma, wegen des Rechts eines Gesellschafters auf Einsicht der Gesellschaftsbücher u. s. f.

8) L. R. I, 7 §§. 192. 232.

9) Präjudiz des Obertribunals n. 1428, Entsch. Bd. 10 S. 97. Der Grund freilich, den das Obertribunal anführt, ist ganz unzureichend. Es soll nämlich der Unterlassung der gewohnten Leistung „der Charakter der Gewalt und Eigenmächtigkeit" fehlen, welcher für die Anstellung des possessorium nothwendig sein soll. Nimmt man indessen einmal Besitz bei solchen Rechten an, so ist die Eigenmächtigkeit im Falle einer Unterlassung der Leistung kaum in Frage zu stellen, und daß ein Possessorium nicht bloß im Falle einer Störung oder Entsetzung durch wirkliche Gewalt zulässig ist, erscheint ohnedem als zweifellos. Doch wir haben es hier mit einem bloßen Scheingrunde zu thun; in Wahrheit hält man wohl ein Possessorium bei Obligationsverhältnissen für kein Bedürfniß und sucht nach Vorwänden, um es auszuschließen. Vgl. Meischeider S. 404, Randa S. 501.

10) Die possessorische Klage wird zugestanden dem Patron auch für die im Patronatrechte inbegriffenen affirmativen Rechte, Entsch. des Obertribunals Bd. 35 S. 384. Sie ist ferner zulässig bei allen objektiv dinglichen Rechten affirmativer

Digitized by Google

Die Theorie des Rechtsbesitzes richtet sich im Wesentlichen nach Analogie des Sachbesitzes. Doch ist von dessen Erwerb und Verlust noch besonders zu handeln.

§. 161. Erwerb des Rechtsbesitzes.[1]

Wie zum Erwerb des Besitzes der Sache, so ist auch zum Besitze des Rechts erforderlich die Absicht, dasselbe für sich, und zwar als Recht, zu besitzen, und außerdem die äußere Verwirklichung dieser Absicht.[2] [3] Diese Verwirklichung ist verschieden bei den affirmativen, den negativen und den Untersagungsrechten.[4]

1. Der Besitz eines affirmativen Rechts wird uns erworben dadurch, daß sich Jemand zu einer Leistung an uns versteht, in der Absicht, damit einer ihm obliegenden Verpflichtung Genüge zu leisten, welche auch in Zukunft gleiche oder verwandte, ständige oder gelegentlich wiederkehrende Leistungen erzeugt.[5] [6]

Natur, insbesondere bei bäuerlichen Abgaben und Diensten, L. R. II, 7 §§. 487. 463 ff. A. G. O. I. 41. §. 58.

1) L. R. I, 7 §. 77 ff.

2) Diese Absicht, für sich zu besitzen, nicht bloß Gefälligkeiten eines Andern sich zu Nutze zu machen, ist freilich auch hier nicht Gegenstand eines besondern Beweises. Es kommt vielmehr nur darauf an, solche Handlungen darzulegen, welche vermöge ihrer Beschaffenheit auf jene Absicht schließen lassen. Vgl. Präj. des Obertrib. n. 215, Gruchot Bd. 5 S. 298.

3) Kann man den Besitz einer Servitut dadurch erwerben, daß man Besitzhandlungen, welche in der That nur den Besitz einer Grundgerechtigkeit, z. B. eines Weiderechts, begründen konnten, in der Meinung, Eigenthum zu erwerben, vornahm? oder hindert diese Differenz zwischen der Absicht und dem Thatbestande jeglichen Besitzerwerb, da die Absicht nicht verwirklicht und der wirkliche Thatbestand so nicht gewollt ist? Für den Besitzerwerb in solchem Falle hat sich der Plenarbeschluß des Obertribunals vom 3. März 1862 erklärt Entsch. Bd. 47 S. 15 ff., Präj. n. 2721. Wir halten die Entscheidung für die richtige. Zum Besitzerwerb ist nur erforderlich, daß der Handelnde für sich Besitz ausüben will, es ist nicht nothwendig, daß ihm auch die besondere Natur des Rechts, welches er ausübt, zum Bewußtsein kommt. Daher ist auch eine irrige Klassifikation desselben ohne rechtliche Bedeutung. Anderer Ansicht u. A. Gruchot Bd. 8 S. 46.

4) Ueber die Bedeutung dieser Eintheilung ist oben §. 39 gehandelt.

5) Das L. R. I, 7 §. 80 bestimmt weit enger: „wer eine Handlung, die ein Anderer als eine fortdauernde Schuldigkeit von ihm gefordert hat, wirklich leistet, setzt denselben in den Besitz des Rechts, die Wiederholung dieser Handlung von ihm zu fordern.“ Indessen in so handgreiflicher Weise gestalten sich die Dinge nur selten — Gruchot Beiträge Bd. 5 S. 294. Bd. 18 S. 144. Es genügt der Natur der Sache nach, daß eine Leistung in der Meinung, einer fortdauernden Pflicht gerecht zu werden, einerseits angeboten und andererseits angenommen wurde. Und zwar ist schon einmalige Leistung zum Besitzerwerb hinreichend. Wirklicher Leistung steht aber begreiflich Aufrechnung gegen eine Gegenschuld gleich, ja selbst Erlaß der Leistung, wenn dieselbe nur angeboten war. Eine bloße Anerkennung der Verpflichtung im Allgemeinen dürfte hingegen nicht genügen, um einen Besitz herzustellen, da eine Verwirklichung des Rechts nothwendig ist. — Der Besitz wird erworben vom Tage der Entrichtung der Leistung an, nicht etwa mit dem Beginn des Jahres, für welches die Leistung erfolgte. Präjudiz des Obertribunals n. 2093.

6) Leistet ein Dritter anstatt eines angeblichen Schuldners ohne dessen Auftrag und Vollmacht, so kann natürlich der Besitz des Rechts diesem gegenüber nicht erwor-

Digitized by Google

Zur Begründung des Besitzes einer Reallast insbesondere ist erforderlich, daß die Leistung in der Meinung geschehen sei, einer auf einem Grundstücke ruhenden Last Genüge zu leisten. Ferner aber muß der die Abgabe Entrichtende das Grundstück zu repräsentiren haben, also dessen Eigenthümer sein oder doch mit dessen Genehmigung handeln. Jedoch bestimmt das Landrecht positiv, daß der Zustimmung des Eigenthümers gleichsteht, wenn die Leistung durch einen Pächter des Guts geschah und dem Eigenthümer bekannt wurde oder ihm nur durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen unbekannt blieb.[7]

2. Der Besitz des negativen Rechts, z. B. einer Gebäudeservitut, wird durch eine entsprechende Handlung des Besitzerwerbers erlangt, vorausgesetzt, daß kein Widerspruch Seitens dessen erfolgt, der in Folge jenes Rechtsbesitzes etwas dulden oder unterlassen soll. Der Widerspruch des solchergestalt Belasteten ist aber nur dann wirksam, wenn er auf frischer That oder unmittelbar nach der Kenntnißnahme von jener Handlung eingelegt wird.[8]

Wurde das Recht längere Zeit ausgeübt und erfährt der Belastete dies erst hinterher, so könnte an sich ein Widerspruch desselben, welcher nunmehr erst erfolgt, die Thatsache, daß der andere Theil im Besitze ist, nicht beseitigen. Das preußische Recht fordert jedoch für die Regel Wissenschaft des Belasteten, damit der Besitz eines negativen Rechts beginne.[9] [10]

---

ben werden. So wird auch durch Leistungen einzelner Mitglieder einer Gemeinde an sich der Besitz eines Forderungsrechts gegenüber der Gemeinde nicht erlangt. L. R. I, 7 §. 90. Dagegen genügt die Handlung der Vertreter der Gemeinde auch bei stillschweigender Genehmigung der Gemeindemitglieder. Striethorst Bd. 95 S. 78.

7) L. R. I, 7 §§. 104. 105.

8) L. R. I, 7 §. 81. Der Seitens eines Dritten, welcher als Geschäftsführer auftritt, unmittelbar gegen die Handlung eingelegte Widerspruch genügt, richtiger Ansicht nach, selbst wenn er nicht genehmigt wurde, da er einen ruhigen Besitz des negativen Rechts nicht aufkommen läßt. Widerspricht daher ein Miteigenthümer der in Anspruch genommenen Objekte der Ausübung einer Gerechtigkeit an denselben, z. B. eines Ususfrukts, so wird es sich je nach dem Umfange, den er seinem Widerspruche zu geben beabsichtigte, fragen, ob der Besitz gar nicht oder bloß zu seinem ideellen Theile nicht erworben ist. Vgl. übrigens L. R. I, 7 §. 88. Es ergiebt sich aus dem an die Spitze gestellten Grundsatze von selbst, daß der Besitz des Rechts, etwas zu thun, gegen eine Gemeinde nur dann erworben wird, wenn keines ihrer Mitglieder der Ausübung widersprochen hat. L. R. I, 7 §§. 93. 94.

9) Die ältere gemeinrechtliche Lehre glaubte die scientia und patientia des Belasteten nicht entbehren zu können, um den Besitz als erworben anzusehen. Und davon scheint auch das Landrecht auszugehen I, 7 §. 81, daher Entsch. Bd. 18 S. 190. Dagegen fordert die Praxis allerdings nicht, daß der, welcher den öffentlich geübten Besitz behauptet, auch die Wissenschaft des andern Theils behaupte und beweise, läßt diesen vielmehr den Beweis seiner Unkenntniß führen. Vgl. Gruchot Bd. 5 S. 296 ff., Bd. 8 S. 50. Entsch. des Obertrib. Bd. 58 S. 40. Striethorst Bd. 87 S. 159. Auch wird man das Dulden des Pächters oder des Verwalters eines Gutes jedenfalls für genügend ansehen dürfen, da hiermit der Vorwurf der Heimlichkeit der Besitzhandlung abgeschnitten ist. Vgl. Simon Materialien S. 619. Dagegen freilich Koch Besitz S. 226 ff. Die Bestimmungen von L. R. I, 7 §. 104 sind

Digitized by Google

3. Der Besitz eines Untersagungsrechts endlich wird erworben durch eine Untersagung,[11] welcher sich der andere Theil, sei es thatsächlich, sei es durch eine wörtliche Erklärung, unterwirft.

Dem allgemeinen Grundsatze, wonach der Besitz einer Pertinenz mit der Hauptsache erworben wird, entspricht es, daß der Besitz eines subjektiv dinglichen Rechts mit dem Besitze des Objekts übertragen wird, an welches dieses Recht geknüpft ist.[12]

§. 162. Verlust des Rechtsbesitzes.[1]

Der Besitz eines Rechts geht durch die einfache Unterlassung der Ausübung nicht verloren. Das Gesetz fordert vielmehr für die Regel auch hier eine positive Unterbrechung des bisherigen Zustandes. Es erlischt nach seiner Vorschrift der Besitz eines affirmativen Rechts, wenn der Beanspruchte fernere Erfüllung verweigert und der bisherige Besitzer sich hierbei beruhigt.[2] Der Besitz des negativen Rechts hört auf, wenn der bisher die Ausübung Duldende sich derselben widersetzt und der Besitzer sich dies gefallen läßt.[3] Endlich wird der Besitz eines Untersagungsrechts dadurch unterbrochen, daß der bisher Verhinderte sich durch entgegengesetztes Handeln in den Besitz des gegenüberstehenden negativen Rechts gesetzt hat. Indem das Gesetz nur in diesen Fällen den Verlust des Besitzes der Rechte ausdrücklich anerkennt,

---

hier übrigens nicht maßgebend. Vgl. über das Erforderniß der Kenntniß Schultzenstein bei Gruchot Bd. 18 S. 768 ff.

10) L. R. I, 7 §. 82 verlangt zum Besitzerwerb eines negativen Rechts die Meinung des Handelnden, daß ihm ein derartiges Recht zustehe. Es wäre dies richtiger formulirt, wenn nur von der Absicht, ein derartiges Recht auszuüben, gesprochen wäre. Ein besondrer Nachweis nach dieser Richtung ist übrigens nicht zu führen. Striethorst Bd. 97 S. 111; vgl. auch Koch zu §. 82.

11) Die Untersagung kann auch eine thätliche sein. Sie liegt z. B. im Verschließen eines Brunnens, welches das Wasserschöpfen Seitens des Gegentheils unmöglich macht. L. R. I, 7 §. 87 bestimmt ferner: ist ein Untersagungsrecht Jemandem durch ausdrückliche Willenserklärung eingeräumt worden, so wird derselbe von dem Augenblicke an, wo diese Willenserklärung ihre Rechtsgültigkeit erlangt hat, in dem Besitz des Rechts zu sein geachtet. Man muß dabei freilich hinzudenken, daß der Einräumende nicht in jedem Augenblicke thatsächlich dem Untersagungsrechte entgegenhandelte.

12) L. R. I, 7 §. 77. Siehe oben §. 153 Anm. 7.

1) L. R. I, 7 §. 126 ff.

2) Dunker Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 2 S. 78 bekämpft die Ansicht, welche außer der Verweigerung der Leistung auch fordert, daß sich der Gegner hierbei beruhige, weil bereits durch das Verweigern der Leistung das faktische Verhältniß des Besitzes zerstört werde. Dies ist in der That nicht zu bestreiten.

3) L. R. I, 7 §. 127 ist in diesem Sinne aufzufassen, wenn er den Besitz des negativen Rechts durch den Erwerb des Besitzes des Untersuchungsrechts unterbrechen läßt. Insbesondre geht der Besitz auch verloren, wenn der Beanspruchte ein Strafmandat erwirkt und der Besitzer des negativen Rechts, z. B. einer Fahrgerechtigkeit, dasselbe rechtskräftig werden läßt. Striethorst Bd. 85 S. 110.

Digitized by Google

kann es doch nicht als seine Absicht gelten, den Besitz des Rechts auch dann schlechthin noch zu statuiren, wenn er in den Thatsachen keinerlei Fundament mehr hat. Es wird vielmehr der positiven Unterbrechung gleichzusetzen sein, wenn die Ausübung der Gerechtigkeit dauernd unterblieb, trotzdem, daß sie nach den thatsächlichen Verhältnissen zu erwarten gewesen wäre.[4] Wer also eine Wegservitut seit vielen Jahren nicht ausübte, kann nicht mehr als deren Besitzer gelten, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob eine Verhinderung, den Weg zu benutzen, von der Gegenseite eingetreten ist, oder nicht.[5]

4) Hiefür kann man sich auf L. R. I, 7 §. 130 berufen, wonach: der einmal erlangte Besitz eines Rechts durch die unterlassene fernere Ausübung desselben „in der Regel" noch nicht verloren geht. Nimmt man die Ansicht des Textes nicht an, so kommt man entweder zu der Annahme, daß die erlöschende Verjährung affirmativer Rechte in allen Fällen davon abhängig sei, daß der bisher Verpflichtete die fernere Erfüllung der von ihm geforderten Pflicht verweigerte und der Andere sich hierbei beruhigte, was sie fast beseitigen hieße, oder zu der Behauptung, die in der That das Obertribunal aufgestellt hat, daß die Verjährung solcher Rechte durch Nichtgebrauch sich vollende, obgleich der Besitz des Berechtigten noch fortbestehe, was kaum civilistisch ist. Vgl. auch Ihering l. c. S. 175. S. 209 ff. Uebrigens hat das Obertribunal, Entsch. Bd. 17 S. 6 angenommen, daß der Besitz diskontinuirlicher Rechte, welche nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden können, durch nicht gerechtfertigte Nichtbenutzung einer Gelegenheit verloren gehe.

5) Alljährige Ausübung ist nicht schlechthin erforderlich. L. R. I, 9 §§. 596. 597 bezieht sich auf die Ersitzung.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Die Verjährung.[1]

I. Allgemeine Grundsätze.

§. 163. Geschichtliche Einleitung.[2]

Wie jede menschliche Institution, müssen sich auch die Rechte ihren Bestand dadurch immer auf's neue sichern, daß sie sich im Leben bethätigen. Was aber längstens eine Generation hindurch vernachlässigt und unwirksam war, soll den Frieden der Gegenwart nicht stören. Nicht ausgeübte Rechte gehen daher durch Verjährung zu Grunde, indem sie bald einfach verschwinden, bald neuen Rechten Platz machen.

In solcher Allgemeinheit ist das Verjährungsinstitut ein Erzeugniß der nachrömischen Rechtstheorie. Denn die der Verjährung vorbildlichen beiden römischen Institute der Ersitzung und Klagenverjährung hatten ganz verschiedene historische Ausgangspunkte und beruhten auf wesentlich von einander abweichenden Grundlagen.[3]

Altnational war den Römern die Ersitzung, die bereits in ihrer ältesten Gesetzgebung, in den zwölf Tafeln geregelt ist. Ihr Zweck war Schutz des Verkehrs, insbesondre des Kaufs. Allerdings mußte der Käufer nach römischer Auffassung seine Sicherung gegen eine etwaige Entwährung zunächst

---

1) Die systematisch richtige Stellung der Verjährung ist nach preußischem Rechte in der Lehre von der „Entstehung und Endigung der Rechte." Wenn wir sie gleichwohl hierher nach der Besitzlehre stellen, so geschieht dies nur aus dem äußern Grunde, weil die Verjährungslehre vielfach auf der Theorie des Besitzes ruht und ohne deren genaue Kenntniß nicht zu würdigen ist.

2) L. R. I, 9 §§. 500—669. Vgl. Rave principia de praescriptione, Ausgabe von Eichmann 1780, Simon und Strampff Materialien zu den Lehren von der Verjährung, Berlin 1836 Bd. 3 ihrer Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des preußischen Rechts S. 391 ff., Gruchot Beiträge Bd. 7 S. 402 ff. S. 560 ff. Bd. 8 S. 92 ff. S. 262 ff. Heydemann Einl. Bd. 2 S. 79 ff. Gemeinrechtlich besonders Unterholzner Verjährungslehre 2. Aufl., besorgt von Schirmer 1858. Savigny IV. §. 178. V. §§. 237—255.

3) Die Ansichten über die inneren Gründe des römischen Instituts der Ersitzung differiren allerdings bei den neueren Schriftstellern, indem man bald die rechtsbildende Kraft der Zeit als solche, z. B. Stintzing das Wesen von bona fides 1852, bald den Besitz in den Vordergrund schiebt, Schirmer die Grundidee der Usukapion 1855, bald ihren nächsten Zweck in der Deckung der Mängel der Form des Uebertragungsgeschäfts findet, Scheurl Beiträge Bd. 2 S. 29 ff.

Digitized by Google

in dem Regreß gegen seinen Verkäufer suchen. Aber ein solcher Rückgriff wird der Natur der Sache nach, je längere Zeit seit dem Kaufe verflossen ist, desto unsicherer. Damit also die Stellung des Käufers sich nicht mit dem längern Besitz verschlechtere statt verbessere, schnitt man durch Verleihung des Eigenthums nach ein- oder zweijähriger Ersitzung die Gefahr weiterer Entwährung ab und setzte die staatliche Garantie an die Stelle jenes unsichern Rückgriffs an den Verkäufer. War aber so der Schutz des bona fide Verkehrs der eigentliche Zweck der Ersitzung, so konnte natürlich auf die Frage, ob der bisherige Eigenthümer den Ersitzenden entschuldbarerweise oder aus Nachlässigkeit die Ersitzungszeit hindurch unbehelligt gelassen hatte, durchaus kein Gewicht gelegt werden. Es verhielt sich dies ganz anders bei der Klagenverjährung, welche sich erst in der christlichen Kaiserzeit zu einer allgemeinen Institution[4] entwickelte. Sie entnahm ihre Rechtfertigung der Nachlässigkeit des bisher Berechtigten und der unentschuldigten Versäumniß der Klaganstellung,[5] und sah daher von dem guten Glauben des Präskribenten ganz ab.

Die Verschmelzung dieser beiden Institute geschah durch die Doktrin der Glossatoren. Es läßt sich aber bei derselben der Einfluß deutscher Rechtsanschauungen nicht verkennen.[6] Denn das deutsche Recht besaß ursprünglich nur ein einziges Verjährungsinstitut, nämlich eine Klagenverjährung gegen denjenigen, der sich an seinem Rechte verschwieg, welche auch dem Schutze des Besitzers zu Gute kam, der Grundstücke durch gerichtliche Uebertragung oder Vererbung erworben hatte.[7] Diese Verjährung entnahm ihr Motiv der Versäumniß des bisher Berechtigten und griff deshalb im Falle der Unkenntniß, Abwesenheit und ähnlicher Verhinderung desselben nicht Platz.

Ersitzung und Klagenverjährung galten auf dieser Grundlage nun als zwei Unterarten eines und desselben Rechtsinstituts; man bezeichnete sie als adquisitive und exstinktive Verjährung. Erlöschend oder exstinktiv ist dieselbe, wenn sie einzig in der Unthätigkeit des bisher Berechtigten wurzelnd, dessen Recht vernichtet, erwerbend oder adquisitiv, wenn der Besitz des durch die Verjährung Gewinnenden, des sogenannten Präskribenten hinzukommt,

---

4) Durch Theodosius II. l. un C. Th. de act. certo tempore finiendis 4, 14 = l. 3. C. de praescr. XXX. ann. 7, 39.

5) Daher die l. un. C. Theod. de act. certo tempore 4, 14 §. 5 schon davon spricht: „ne qua otioso nimis ac desidi querimonia relinquatur." — Vgl. l. 2. l. 3. C. de ann. exc. 7, 40.

6) Bloße Mißverständnisse des römischen Rechts haben sicherlich auch hier nicht die moderne Theorie geschaffen. So jedoch Savigny IV. S. 315, Puchta Vorles. I. §. 73.

7) Sachsenspiegel I. Art. 38. II. Art. 44, Kraut Grundriß §. 80.

Digitized by Google

und wenn sich zu dessen Gunsten hierdurch an Stelle des untergegangenen ein neues Recht bildet. Gemeinsam ist beiden Arten, daß die Zeit ein Faktor der sich vollziehenden rechtlichen Veränderung ist, gleichartig ist auch für beide der ökonomische Erfolg, indem durch die erlöschende wie die erwerbende Verjährung das Vermögen des Präskribenten wächst, das des bisher Berechtigten sich mindert. Ferner aber sah die juristische Theorie nach dem Vorbilde des deutschen Rechts die Versäumniß des bisher Berechtigten gleichmäßig für beide Arten der Verjährung als maßgebendes Moment an. Endlich ließ das kanonische Recht das Requisit der bona fides des Präskribenten nun nicht mehr, wie das römische Recht, nur als specifische Stütze der Ersitzung gelten, sondern erhob es zu einer durch sittliche Rücksichten allgemein gebotenen Anforderung einer jeden, also sowohl der erlöschenden wie der erwerbenden Verjährung.[8]

Immerhin bleibt die Verschiedenheit der Wirkungen beider Verjährungsarten eine tiefgreifende, da bei der erwerbenden Verjährung ein neues Recht geschaffen wird, während bei der erlöschenden Verjährung nur die Vernichtung des frühern eintritt. Dann aber ließ sich auch nicht verkennen, daß bei der Adquisitivverjährung immer das Hauptgewicht auf der Person des Erwerbers, bei der Exstinktivverjährung auf der des Verlierenden liegt.

Auf der so gestalteten gemeinrechtlichen Theorie ruht auch die Lehre des Landrechts von der Verjährung.[9]

§. 164. Gegenstand und Umfang der Verjährung.

Die Verjährung ist bei uns zu einem allgemeinen Endigungsgrunde der Rechte geworden. Während also nach römischem Rechte die Zeit nur bei bestimmten einzelnen, wenn auch bedeutenden Verhältnissen einen vernichtenden oder schaffenden Einfluß hatte,[1] so daß dort ihr Eintritt stets in einer besondern Rechtsnorm begründet sein mußte, ist es umgekehrt bei uns eine

8) cap. 20. X. de praescript. 2, 26.

9) Vgl. L. R. I, 9 §. 500 ff. Aehnlich code civ. art. 2219, österr. G. B. §§. 1451. 1452. Bei Suarez selbst taucht hie und da eine mehr romanistische Anschauung auf, siehe Materialien l. c. S. 421; er meinte, die Adquisitivverjährung gründe sich auf eine praesumtio juris et de jure, daß der langjährige Besitzer Eigenthümer sei, dagegen die Exstinktivverjährung sei eine bloße poena negligentiae.

1) Die Verjährung erscheint im römischen Rechte in folgenden Gestaltungen: als usucapio und longi temporis praescriptio behufs des Eigenthumserwerbs, als longi temporis praescriptio für den Erwerb von Servituten, als vetustas in Bezug auf öffentliche Wege, Regelung des Wasserabflusses und dergleichen, als non usus behufs Untergang der Servituten, endlich als Verjährung der Klagen.

Digitized by Google

Art von Ausnahme und bedarf der besondern Rechtfertigung, wenn sich ein Rechtsverhältniß dem Einflusse der Verjährung entzieht.[2]

Jedoch gilt dies in solcher Allgemeinheit nur für die Vermögensrechte, so daß es z. B. auch bei uns keine erlöschende und ebensowenig eine erwerbende Verjährung der Ehe giebt. Auch sind nicht verjährbar solche Befugnisse, welche nur eine Bethätigung der natürlichen und bürgerlichen Freiheit eines Individuums bilden, die sogenannten res merae facultatis, z. B. das Recht zum Gewerbebetrieb oder der Benutzung öffentlicher Wege.[3] Ferner sind einer besondern Verjährung nicht unterworfen alle diejenigen Gerechtsame, welche nur Ausflüsse anderer Rechte und in diesen begrifflich gegeben sind. Daher verjährt z. B.[4] das Recht des Eigenthümers, sein Grundstück mit Gebäuden zu besetzen oder einzuzäunen, nicht durch bloßen Nichtgebrauch,[5] so lange der Eigenthümer nicht etwa sein Eigenthumsrecht selbst verloren hat, womit indessen nicht ausgeschlossen ist, daß ein Anderer durch Adquisitivverjährung die selbständige Gerechtigkeit erwirbt, dem Eigenthümer eine solche Bethätigung seines Rechts zu verbieten.

Jede erlöschende Verjährung setzt voraus, daß ein Verpflichteter oder doch Belasteter existire, dem sie zu Gute kommt. Daher ist ihr das Eigenthumsrecht nicht unterworfen, so daß dasselbe nicht durch dreißigjährigen Nichtgebrauch, sondern nur durch eine entgegenstehende Adquisitivverjährung erlischt.[6] Es frägt sich aber, ob nicht wenigstens eine erlöschende Verjährung der Eigenthumsklage zulässig ist, was dann von praktischem Interesse wird, wenn ein bösgläubiger Besitzer oder ein bloßer Innehaber, welchem eine erwerbende Verjährung nicht zu Gute kommt, dreißig Jahre

---

2) Die Verjährung hat nur Bezug auf Rechte im subjektiven Sinne, Rechtsnormen können nur durch Gewohnheitsrecht oder Observanz außer Kraft gesetzt werden.

3) L. R. I, 9 §. 505.

4) Andere Beispiele: der Oberaufseher einer Stiftung kann in Folge seines Amtes einen Beamten, welcher 30 Jahre diente, aus dem Dienste entfernen, insofern dieser nicht etwa seinerseits ein Recht auf seine Dienstemolumente ersessen hat. — Der Anspruch ferner des Cessionars einer Hypothekenforderung gegen den Cedenten auf Ausstellung eines notariellen Aktes über die Uebertragung verjährt nicht, weil das Recht, dieselbe zu erlangen, einen integrirenden Theil der ihm zustehenden Gerechtsame bildet. Präj. des Obertribunals n. 1437.

5) L. R. I, 9 §§. 504. 506. 507.

6) Allerdings war Suarez selbst — bei Simon Materialien S. 510 ff. — anderer Ansicht, indem er meinte: „sobald ich meine Uhr verliere und mich in dreißig Jahren darum nicht bekümmere, verliere ich mein Eigenthum daran, wenn sie gleich diese dreißig Jahre hindurch auf der Stelle, wo ich sie verlor, liegen geblieben ist und kein Anderer sie in Besitz genommen hat.“ Allein diese Ansicht von Suarez ist unannehmbar, indem hiernach die Adquisitivverjährung eine ganz andere Gestalt hätte gewinnen müssen und auch der bösgläubige Besitzer nach Verlauf der dreißig Jahre Eigenthum erlangen müßte, wenn nicht durch Ersitzung, doch durch Okkupation einer herrenlos gewordenen Sache.

Digitized by Google

hindurch eine Sache innehatte, so daß die Eigenthumsklage dreißig Jahre lang ihm gegenüber ruhte. Nach der Konsequenz des modernen Rechts wäre eine solche Verjährung zu verneinen, denn die Eigenthumsklage ist ja für uns keine selbständige Befugniß, sondern nur ein Ausfluß des Eigenthumsrechts, welches sich in ihr bethätigt.[7] Gleichwohl läßt die preußische Praxis eine erlöschende Verjährung der Eigenthumsklage zu,[8] behandelt also diese Klage hier ausnahmsweise nicht als eine aus dem Eigenthum nothwendig sich ergebende Berechtigung, vielmehr nach römischer Vorstellung als ein mit dem Eigenthum verbundenes, an sich selbständiges Nebenrecht.[9]

Die Verjährung läuft endlich nicht gegen solche Rechte, welche in das Grundbuch eingetragen sind, da man sich an Rechten nicht verschweigen kann, denen man durch die Eintragung in dieses Buch vollständige Publicität gegeben hat.[10]

Verträge, durch welche man der künftig eintretenden Verjährung im voraus entsagt, hält die herrschende gemeinrechtliche Ansicht für ungültig, da die wiederkehrende Einfügung einer solchen Klausel in die Kontrakte das im allgemeinen Interesse liegende Institut der Verjährung außer Kraft setzen könnte.[11] Das Landrecht gestattet dagegen die Entsagung auf künftige Verjährung, wie auch Verlängerung oder Verkürzung der Verjährungsfristen. Nur müssen dergleichen Verträge auf speciell bezeichnete Ansprüche gerichtet sein, so daß sie z. B. nicht alle zwischen zwei Personen erst künftig entstehenden Ansprüche betreffen können, und es ist gerichtliche Verlautbarung und falls es sich um Grundstücke oder eingetragene Rechte handelt, auch noch hypothekarischer Vermerk gefordert.[12] Es beziehen sich diese Erschwerungen auch auf die Festsetzung einer kürzeren Verjährung.[13] Jedoch nimmt

---

7) Vgl. oben §. 124 Anm. 4.

8) So das Obertribunal in mehreren Erkenntnissen. Vgl. Gruchot Bd. 7 S. 418 ff., Förster I. §. 46 Anm. 28.

9) Auch die hereditatis petitio des Erben oder Miterben kann hiernach durch Nichtgebrauch erlöschen und nicht bloß durch eine entgegengesetzte Adquisitivverjährung.

10) L. R. I, 9 §. 511. I, 18 §§. 659. 667. I, 20 §§. 534. 648. I, 21 §. 96. I, 22 §§. 49. 50. Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 §§. 6. 7. Näheres über den Umfang dieser Ausnahme im Sachenrechte.

11) Savigny V. S. 411 ff. Windscheid I. §. 106 Anm. 5. So auch code civil Art. 2220, österr. G. B. §. 1502.

12) L. R. I, 9 §. 565 ff. Selbst auf die Verjährung der Wechselklage kann der Wechselschuldner daher gerichtlich verzichten. Zwar ist dies bestreitbar. Dafür jedoch die Praxis des Obertribunals, wie auch das R. O. H. G. Bd. 2 S. 66. Bei Handelsgeschäften genügt formlose Entsagung Keyßner bei Gruchot Bd. 12 S. 577.

13) Der Entwurf von 1787 Th. II. Tit. 6 §. 447 hatte sogar bestimmt, es könne die gesetzliche Verjährungsfrist durch Verträge überhaupt nicht abgekürzt werden. Hiergegen liefen dann Monita ein, welche Suarez Mater. l. c. S. 530 für begründet erachtete, so daß er die Abkürzung wenigstens der Verlängerung gleichstellte.

Digitized by Google

man mit Recht an, daß die vertragsmäßige Bestimmung einer kürzeren Frist, innerhalb deren gewisse Ansprüche eingeklagt werden müssen, wenn sie nicht erlöschen sollen, nicht als Vereinbarung über Verjährung zu behandeln ist und daher der gerichtlichen Form nicht bedarf.[14]

§. 165. Verjährung und Befristung.[1]

Im Falle einer Verjährung handelt es sich um ein Recht, welches an sich von unbegrenzter Dauer, wegen Nichtgebrauch nachträglich einer Vernichtung unterliegt. Hiervon unterscheiden sich wesentlich diejenigen Fälle, welche im preußischen Rechte besonders häufig sind, in denen eine Befugniß von vornherein schon mit dem Augenblicke ihrer Entstehung an die Ausübung innerhalb einer gesetzlich oder auch vertragsmäßig bestimmten Frist gebunden ist.

Beispiele bilden viele processualische Befugnisse, insbesondere das Recht zur Einlegung der Appellation und anderer an ein Fatale gebundener Rechtsmittel.[2] Auf dem Gebiete des materiellen Rechts gehört hierhin die Rechtswohlthat des Inventars beim Erbschaftsantritt.[3] Eine vertragsmäßige Bestimmung dieser Art endlich enthält die gebräuchliche Klausel der Assekuranzverträge, wonach der Versicherte im Falle von Streitigkeiten seine Rechte gegen den Versicherer innerhalb gewisser Fristen gerichtlich geltend machen muß.[4] Ob eine Gesetzesnorm die Befristung eines Anspruchs bestimmt oder eine Verjährungsvorschrift giebt, wird nicht selten zweifelhaft sein; doch läßt sich dies nicht nach einer allgemeinen Regel, sondern nur aus der Interpretation des Wortlautes und Sinnes jeder einzelnen Bestimmung entscheiden.

Auf Befristungen nun ist die Theorie der Verjährung unanwendbar. Insbesondere kommen bei denselben die Hindernisse, welche den Beginn der

---

14) Präj. des Obertribunals n. 1722. Entsch. Bd. 14 S. 222. Entsch. Bd. 17 S. 361. Dagegen Koch Komm. zum §. 565.

1) Heydemann II. S. 93 ff.

2) Präklusivische Fristen finden sich ferner in den neueren Gesetzen für Einwendungen gegen Deichanlagen, Entwässerungsanlagen u. s. f.

3) L. R. I, 9 § 424. I, 5 §§. 94—101, vgl. auch I, 4 §. 92. I, 9 §. 70. I, 11 §§. 224. 289. 314. 415. 435. 641. 738 und I, 20 §. 425. I, 11 §§. 1090. 1091. 1113. 1118. 1129. 1133. I, 14 §. 158. Plenarbesch. vom 6. Dec. 1858. Entsch. Bd. 40 S. 1 ff. I, 16 §§. 277 ff. 503. 508. I, 20 §§. 452. 609. 610. 645. 655. I, 21 §. 349. II, 1 §§. 41. 392. 410. 579. 721. II, 2 §§. 7. 17. II, 18 §§. 101. 102 u. s. f. Etwas verwandtes ist es, wenn eine Vermuthung sich an eine Thätigkeit oder Unthätigkeit innerhalb gewisser Zeit knüpft, z. B. L. R. I, 4 §§. 45—51. I, 9 §. 71. I, 11 §. 753. I, 14 §§. 35. 36. I, 16. §§. 106. 107.

4) Vgl. §. 164. a. E. — Hierher gehört auch die Börsenusance, wonach Zeitgeschäfte binnen gewisser Zeit nach dem Stichtag durch Klage geltend gemacht werden müssen R. O. H. G. Bd. 5 S. 182.

Digitized by Google

Verjährung hemmen, ferner die gewöhnlichen Gründe der Unterbrechung einer Verjährung an sich nicht in Betracht.[5]

§. 166. Hinderung der Verjährung.

Das preußische Recht hat, wie dies schon das altdeutsche Recht that,[1] die persönliche Behinderung des Berechtigten in der Geltendmachung seiner Rechte und zufällige Erschwerungen der Klaganstellung in ausgedehntem Maße als Hemmniß der Verjährung, und zwar der erwerbenden wie der erlöschenden, angesehen.[2] Es ergab sich dies daraus, daß man die Rechtfertigung der Verjährung wesentlich in die unentschuldigte Nachlässigkeit Seitens des Berechtigten setzte. Hierdurch verlor aber freilich das Verjährungsinstitut viel von dem glatten und durchgreifenden Charakter, auf dem sein Nutzen zum großen Theil beruht und den es im römischen Rechte — abgesehen freilich von denjenigen kurzen Klagverjährungen, bei denen die Römer utiliter rechneten und auch dergleichen Hinderniſſe in Betracht zogen — wirklich gehabt hatte.

Jedoch berücksichtigt das preußische Recht jene Entschuldigungsgründe der Regel nach nur dann, wenn sie in der Zeit bestanden, von welcher an der Beginn der Verjährung datiren würde. Außerdem erzeugen sie aber einen Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, falls sie in die Zeit des Ablaufs der Verjährung oder auch in die vier letzten Jahre vorher fallen.[3]

Die hauptsächlichen Hinderungsgründe sind nun folgende:

1. Entschuldbare Nichtkenntniß des Rechts;[4] ferner thatsächliche Erschwerung oder faktische Unmöglichkeit der Geltendmachung desselben in Folge unvor-

---

5) Vgl. Entsch. des Obertribunals Bd. 25 S. 263 ff.

1) Sachsenspiegel I. Art. 38. Albrecht Gewere S. 113 ff. — Das kanonische Recht läßt in verwandtem Gedankengange eine Hinderung der Verjährung eintreten im Falle eines feindlichen Einbruchs, ferner für Ansprüche der römischen Kirche im Falle eines Schisma cap. 10, 14. X. de praescr. 2, 26.

2) L. R. I, 9 §. 512 ff. Entwurf von 1787 Th. II. Tit. 6 ad §. 520 S. 217 ff. Man verallgemeinerte hierbei die Regel agere non valenti non currit praescriptio, die sich zunächst nur auf das Erforderniß bezog, daß der Berechtigte nach der Natur seiner Berechtigung an sich die Klagmöglichkeit haben sollte, in dem Sinne, daß man auch zufällige und subjektive Klaghinderniſſe als Ausschließungsgründe des Beginns der Verjährung behandelte.

3) L. R. I, 9 §. 530 ff. Ueber die Restitution vgl. oben §. 141. Anm. 9. 14. Die Restitutionsfrist läuft vom Wegfall des Hinderniſſes an. Stirbt der Berechtigte während der Frist, so kommt auch einem Minderjährigen nur der Rest der Frist, keine besondere neue Frist zu Gute. L. R. I, 9 §§. 533. 538. 539. Natürlich bedarf die Restitution stets eines besondern Antrags, kann aber auch im Wege der Einrede oder Replik im Hauptprocesse geltend gemacht werden.

4) L. R. I, 9 §. 512 ff. Die Verjährung soll hiernach nicht anfangen gegen den, der „von seinem Rechte nicht hat unterrichtet sein können." Damit ist nicht

Digitized by Google

hergesehener Ereignisse, z. B. der Unterbrechung der Kommunikationen, Verziehen des Schuldners an einen unbekannten Ort.[5] Die Abwesenheit des Berechtigten allein kommt hingegen als Hemmniß nur in einigen gesetzlich bestimmten Fällen in Betracht. Namentlich wird als solches betrachtet Aufenthalt außer Landes in Staatsgeschäften, ferner Entfernung der Militärpersonen von ihrem Standorte oder ihrem Domicil während des Krieges bis zu dessen Beendigung oder bis zu ihrer Dienstentlassung, wobei als Militärs gelten alle Personen, welche zu dem staatlichen Organismus der Armee gehören, also auch Nichtkombattanten, wie Militärärzte, Divisionsprediger, nicht aber diejenigen, die staatlich nicht angeordnete Dienste leisten, wie Johanniter, Felddiakonen.[6] Außerdem soll noch gegen den Eigenthümer eines Grundstücks wegen dessen vermutheter Unwissenheit keine jenes Grundstück betreffende Verjährung beginnen,[7] wenn er sich in einem andern Appellationsbezirke in Folge des Staatsdienstes aufhält und zwar bis zu seiner Rückkehr in den Bezirk, wo das Grundstück gelegen ist.[8] Präsumtive Unkenntniß ist endlich noch der Grund, daß der Beginn der Verjährung gegenüber dem Eigenthümer ausgeschlossen sein soll, welcher sein Grundstück einem Pächter, Miether oder Nutznießer überlassen hat, während sie an sich nicht gehindert ist, wenn die Bewirthschaftung eines Gutes durch einen Verwalter geschah.[9] [10]

---

absolute Unmöglichkeit, sondern nur Entschuldbarkeit des Nichtkennens gemeint. Anders das römische Recht, l. 12. C. de praescript. longi temp. 7, 33. nulla scientia vel ignorantia exspectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio. — Wer entschuldbare Nichtkenntniß seines Rechts behauptet, hat Thatsachen nachzuweisen, aus welchen dieselbe hervorgeht. L. R. I, 9 §. 513. Zu diesen Thatsachen kann unter Umständen Abwesenheit des Berechtigten gehören. Dadurch, daß das Recht an einen nicht unterrichteten Berechtigten gelangt, wird die angefangene Verjährung nach L. R. I, 9 §. 515 — entsprechend dem §. 530 — nicht gehemmt.

5) L. R. I, 9 §. 516. Notorische Zahlungsunfähigkeit des Schuldners allein hat man nicht als Hinderniß des Beginns der Verjährung angesehen.

6) L. R. I, 9 §. 518 ff. Ueber Militärpersonen vgl. §. 38 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874.

7) L. R. I, 9 §. 519. Es bezieht sich dies sowohl auf eine Adquisitivverjährung des gesammten Gutes oder von Parcellen desselben oder von Rechten an demselben, als auf eine Exstinktivverjährung der dem Gute zustehenden Gerechtigkeiten durch Nichtgebrauch. Entsch. des Obertribunals Bd. 27 S. 323 ff.

8) Kehrt der Beamte auch nur zeitweilig zurück, so läuft die Verjährung L. R. I, 9 §. 520, es sei denn, daß er darthut, daß er sich in der Zeit der Rückkehr von den betreffenden Verhältnissen nicht unterrichten konnte, was im Falle einer raschen Durchreise möglicherweise durch die einfache Darlegung der Reiseroute bewiesen werden kann. Vgl. übrigens Entsch. des O. T. Bd. 45 S. 87 und Koch zu §. 520 des Tit.

9) L. R. I. 9 §. 521. Man bezieht dies nicht auf eine Adquisitivverjährung des ganzen verpachteten Gutes oder seiner territorialen Parcellen, sondern nur auf die Exstinktivverjährung von Gerechtigkeiten gegenüber dem Gute. Striethorst Bd. 37 S. 230 ff.

10) Dies Hinderniß beachteten auch ältere gemeinrechtliche Praktiker, weil die Ausübung des Rechts auf den Pächter oder Vertreter übergegangen sei, auch Jedem

Digitized by Google

2. Deutschen Rechtsanschauungen gehört ferner der Gedanke an, daß die Verjährung zwischen Personen, die eine vormundschaftliche Stellung haben, und ihren Pflegebefohlenen nicht läuft.[11] In Folge dessen kann nach dem Landrechte zwischen Eheleuten sowie zwischen dem Vater und den Kindern während der Dauer der väterlichen Gewalt keine Verjährung beginnen, was sowohl den Beginn zum Nachtheil des Ehemannes und Vaters als der Ehefrau und der Kinder ausschließt. Auch kann der Vormund[12] eine Verjährung nicht zum Nachtheil seiner Mündel anfangen,[13] dagegen können dies allerdings die Mündel zum Nachtheil des Vormundes.

---

nur die eigene, nicht die fremde Nachlässigkeit schaden könne; Carpzov decis. II. 115. Vielfach berief man sich hierbei auf die l. 12. C. de adq. et ret. poss. 7, 32, nach welcher die schuldhafte Besitzaufgabe durch Miether und Stellvertreter dem Eigenthümer nicht schaden soll. Strube rechtliche Bedenken I. n. 139. 2. Aufl. I. S. 327. Auf Anregung von Suarez unterschieden aber die Landrechtsverfasser zwischen dem Nutznießer und Pächter, welchen die Ausübung des Rechts für eine gewisse Zeit selbständig zusteht, und zwischen dem Verwalter, welcher dem Herrn gegenüber schlechthin abhängig bleibt. Den Miether stellt dem Pächter gleich Entsch. des O. T. Bd. 64 S. 42. Natürlich läuft die Verjährung dennoch auch im Falle der Verpachtung, wenn der Eigenthümer nachweisbar die Antastung seines Rechts Seitens des Präskribenten gekannt hat; doch ist auch dies nicht unbestritten. Wie wenn nur einzelne Theile des Gutes verpachtet sind und hinsichtlich ihrer die Verjährung in Anspruch genommen wird? Man wird auch hier die Ausschließung der Verjährung anzunehmen haben, wenn die Unkenntniß des Verpächters hinsichtlich der die Verjährung begründenden Verhältnisse in Folge der Verpachtung entschuldbar war. Anders zwar ein früheres Präjudiz des Obertrib. n. 1424, dagegen aber neuerdings Striethorst Archiv Bd. 1 S. 192 ff. Ebenso ist zu entscheiden, wenn ein Verwalter des Gutes einzelne Gutstheile verpachtete. Wie aber, wenn Jemand Verwaltung und Nießbrauch hat, wie dies beim Hausvater hinsichtlich des Kindesgutes, beim Pfarrer hinsichtlich des Pfarrgutes der Fall ist? L. R. II, 11 §. 778. Offenbar überwiegt der Nießbrauch, da alsdann gerade eine gesteigerte Selbständigkeit der Stellung vorliegt. Dennoch hat ein Plenarbeschluß des Obertribunals den Beginn der Verjährung gegen den Pfarrer während der Nutzung des Pfarrers zugelassen. Entsch. Bd. 50 S. 1 ff. Dagegen Hinschius Anwaltszeitung 1864 S. 233. Kann der Eigenthümer, gegen welchen eine Verjährung läuft und der während der Verjährungszeit das Gut verpachtet oder zum Nutzgenuß gegeben hat, wenn nun während der Pachtung oder des Nießbrauchs die Verjährung sich vollendet, Restitution in Anspruch nehmen, wie dies bei den anderen in den letzten vier Jahren der Verjährungszeit eintretenden Entschuldigungsgründen der Fall ist? Es verneint dies Koch zu L. R. I, 9 §. 531, weil es sich hier um ein Hinderniß handelt, welches der, gegen welchen die Verjährung läuft, willkürlich selbst geschaffen hat; das Obertribunal hat hierüber widersprechende Erkenntnisse gegeben.

11) L. R. I, 9 §§. 524—526, code civil art. 2252, 2253, österr. G. B. §. 1495, sächs. Gesetzbuch §. 156. So findet Carpzov lib. I. resp. 40, Mueller promt. jur. verb., „praescriptio" n. 49: reverentia uxoris erga maritum impedit praescriptio. Dagegen sind Sachen der Ehefrau und der Hauskinder, welche der Mann oder Vater unbefugterweise veräußerte, abweichend vom römischen Rechte ersitzbar.

12) Nach römischem Rechte war an sich nicht einmal der Vormund gehindert, gegen den Mündel zu ersitzen oder eine Exstinktivverjährung zu beginnen. Ob er dem Mündel in solchen Fällen durch die actio tutelae haftbar wurde, hing von der Frage ab, ob ihm eine Schuld zur Last gelegt werden konnte.

13) Dieser Grundsatz wurde auch angewendet, falls der Pfarrer zum Nachtheile des Kirchenärars verjähren wollte, insofern er Vorsitzender des Gemeindekirchenraths war,

Digitized by Google

3. Handlungsunfähigkeit des Berechtigten ist gleichfalls ein Hinderniß für den Beginn der Verjährung.

Nach römischem Rechte lief die Ersitzung selbst gegen Unmündige, da man bei ihr die Stellung des bisherigen Eigenthümers nicht in Betracht zog.[14] Bei der Klagenverjährung aber unterschied man Unmündige und Minderjährige, so daß man gegen die ersteren jede Klagverjährung, gegen die letzteren jede kürzere als die dreißigjährige Klagverjährung ausschloß. Das Landrecht hingegen konnte eine verschiedene Behandlung der Unmündigen und Minderjährigen nicht vorschreiben, die bei uns in gleicher Weise bevormundet werden. Dagegen glaubte man zwischen erlöschender und erwerbender Verjährung unterscheiden zu müssen, da bloße Unterlassungen dem Vormund eines Minderjährigen leichter begegnen könnten, als das Uebersehen, daß Dritte einen Besitz gegen den Mündel begründeten. Die erlöschende Verjährung kann hiernach gegen Minderjährige, wenn sie nicht unter väterlicher Gewalt stehen, nicht beginnen,[15] wohl aber kann sie fortgesetzt werden;[16] vollendet sie sich während der Minderjährigkeit, so steht die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand binnen vier Jahren nach aufgehobner Vormundschaft

---

welcher dasselbe verwalten sollte. Dagegen wurde durch Plenarbeschluß die Anwendung auf den Patron verworfen, da dieser nur die Aufsicht, nicht die Verwaltung des Kirchengutes habe, also dem Vormunde nicht gleichstehe. Entsch. des Obertrib. Bd. 45 S. 33, Präj. n. 2716.

14) Daß die Ersitzung in klassischer Zeit und selbst im justinianischen Rechte auch gegen Unmündige lief, ergiebt sich zur Genüge aus l. 2 §. 15, l. 7 §. 3. D. pro emtore 41, 4. Tit. Cod. si adversus usucapionem 2, 36. Vgl. Vangerow I. §. 317 sub 5. Dagegen hat man allerdings den Verlust von Rechten durch Nichtgebrauch schon im klassischen römischen Rechte nicht gegen Unmündige eintreten lassen. Namentlich wahrte man die Unmündigen gegen den Verlust der Servituten durch Nichtgebrauch l. 10 pr. D. quemadm. serv. 8, 6, daher denn auch die longi temp. praescriptio, die ja ursprünglich Klagenverjährung war, nach l. 3. Cod. qu. n. o. l. t. p. 7, 35 Unmündigen und Minderjährigen gegenüber nicht lief, ferner auch die dreißigjährige Klagenverjährung von vornherein Unmündigen gegenüber suspendirt blieb l. 3. C. de praescr. XXX ann. 7, 39. Justinian stellte dann das allgemeine Princip auf, daß gegen Minderjährige keine Klagenverjährung laufe l. 5. C. in qu. causis i. i. r. 2, 41, mit Ausnahme der dreißigjährigen, gegen welche nur Unmündige geschützt sind.

15) L. R. I, 9 §. 535. Daß die bezüglichen Privilegien Minderjährigen, welche unter väterlicher Gewalt stehen, nicht zu Gute kommen, führt namentlich aus Striethorst Bd. 72 S. 82 ff.; nur dann haben auch sie dieselben, wenn ihr Interesse vom Vater nicht wahrgenommen werden kann, so daß die Einleitung einer Pflegschaft nöthig ist, Entsch. des O. Trib. Bd. 64 S. 215 ff., vgl. oben §. 141 Anm. 4.

16) L. R. I, 9 §. 536 besagt: wenn ein Recht nach bereits angefangner Verjährung auf einen Unmündigen oder Minderjährigen, der mit einem Vormund versehen ist, übergeht, so wird dadurch der Lauf der Verjährung nicht gehemmt. Hieraus ließe sich schließen, daß die Verjährung dann gehemmt werde, wenn das Recht an einen Minderjährigen gedieh, welcher keinen Vormund hat, obgleich er einen solchen haben sollte. Das O. Trib. hat dies aber im Präj. n. 1778, Entsch. Bd. 15 S. 119, vgl. Bd. 75 S. 288, verworfen. Die Meinung des Gesetzes war hiernach, die Verjährung laufe fort, auch wenn der Minderjährige bevormundet sei und nicht in väterlicher Gewalt stehe.

Digitized by Google

offen;[17] die erwerbende Verjährung kann gegen Minderjährige unter Vormundschaft, wie gegen solche unter der väterlichen Gewalt, nicht aber gegen einen Minderjährigen ohne Vorstand beginnen,[18] vollendet sie sich während der Minderjährigkeit, so hat der Minderjährige, mag er unter Vormundschaft gestanden haben oder nicht, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.[19]

Geisteskranke, ferner Taubstumme, die zu bevormunden sind, stehen hinsichtlich der Verjährung den Minderjährigen gleich, sowie auch Abwesende, die unter Vormundschaft gestellt sind.[20]

4. Juristisch verschieden von den bisher besprochenen Fällen, in welchen Erwägungen der Billigkeit den Beginn der Verjährung hemmen, sind diejenigen, in welchen die Verjährung um deswillen gehindert ist, weil dem Berechtigten die Anstellung seiner Klage versperrt ist. In solchen Fällen ist das Nichtlaufen der Verjährung eine Konsequenz und es ist nicht nur der Beginn, sondern auch die Fortsetzung der Verjährung gehemmt. Es tritt dies namentlich ein bei einer Versagung des rechtlichen Gehörs, sei es in Folge von Uebergriffen, durch welche die gesetzmäßige Verwaltung der Justiz gehemmt wird, sei es in Folge von Gerichtsstillstand in Zeiten von Krieg oder Aufstand.[21] Aber auch Fälle des Ruhens des Klagrechts in Folge der gewöhnlichen Rechtsinstitutionen gehören hierher, z. B. in Folge der den Erben des Schuldners offenstehenden Ueberlegungsfrist.[22]

---

17) L. R. I, 9 §. 537, vgl. unten Anm. 19.

18) L. R. I, 9 §§. 593. 594.

19) L. R. I, 9 §. 595. Das Obertribunal nimmt an Präj. n. 2184, Entsch. Bd. 19 S. 134, daß bezüglich der Minderjährigkeit die Bestimmung von L. R. I, 9 §. 532 nicht zur Anwendung komme, wonach die Restitution auch ertheilt wird, wenn das Hinderniß zwar noch vor Ablauf der Verjährungsfrist, jedoch erst innerhalb der letzten vier Jahre vorher gehoben ist. Dies allerdings kaum entsprechend der Absicht des landrechtlichen Gesetzgebers, vgl. Koch zu L. R. I, 9 §. 537.

20) L. R. I, 9 §§. 540—543. 595.

21) L. R. I, 9 §§. 528. 529. Statt „der Versagung des rechtlichen Gehörs" sprach das Gesetzbuch von 1792 bloß von einem „Machtspruch", es wurde aber der Paragraph nach der Kabinetsordre vom 18. December 1793 bei der endlichen Publikation des Landrechts um deswillen abgeändert, weil der Ausdruck Machtspruch anstößig schien. Vgl. Mathis Bd. 11 S. 236. Dennoch und trotz der allerdings zweideutigen Bestimmung von L. R. I, 9 §. 523 wird man dem O. Trib., Entsch. Bd. 45 S. 97 ff. Recht geben, wenn es auch in dem Falle, in welchem die Versagung des rechtlichen Gehörs nicht durch Machtsprüche, sondern durch Gerichtsstillstand veranlaßt ist, die Suspension des Laufes einer Verjährung annimmt. Denn es ist eine natürliche Konsequenz, daß dem die Verjährung nicht läuft, der sein Recht unmöglicherweise zur Geltung bringen konnte. Von diesem Principe war die Bestimmung hinsichtlich des Machtspruchs von vornherein nur eine einzelne Anwendung.

22) Entsch. des O. Trib. Bd. 74 S. 11. Die preußische Praxis sieht auch die Verjährung der Ansprüche gegen den Gemeinschuldner, die vor dem Konkurse bestanden, als durch die Konkurseröffnung unterbrochen an. Anders die Reichskonkursordnung §. 13. Vgl. unten Bd. 2 §. 114.

Digitized by Google

Ereignet sich ein Hinderniß, welches dem Fortlaufe der Verjährung entgegensteht, so wird dieselbe nicht unterbrochen, sondern ruht nur einstweilen, so daß sich die Verjährung nach Beseitigung des Hindernisses unter Hinzurechnung der vorher abgelaufenen Zeit vollendet, während sie im Falle einer Unterbrechung wieder von vorn beginnen müßte.

II. Die erlöschende Verjährung.

§. 167. Beginn.

Die römische Klagenverjährung lief mit der Entstehung des Klagrechts, unsere erlöschende Verjährung aber beginnt von dem Augenblicke an, in welchem dem Berechtigten die Ausübung seines Rechts zuerst möglich ist[1] und unterbleibt. Wenn man häufig außerdem eine vorgängige Rechtsverletzung zum Beginne der Verjährung gefordert hat,[2] so ist dies nach römischem Rechte nicht richtig, wie auch bei uns hiervon keine Rede ist.

Demgemäß fällt nicht selten der Anfangspunkt der Verjährung nach römischem und unserm Rechte zusammen. Die Verjährung einer unbetagten und unbedingten persönlichen Forderung auf eine Leistung insbesondere beginnt mit der Begründung dieser Forderung, ohne daß eine Mahnung des Verpflichteten vorhergehen muß, während die Verjährung einer Obligation, welche ein Nichtthun zum Inhalt hat, allerdings erst von der Zuwiderhandlung an läuft. Die betagte Forderung ferner verjährt vom Fälligkeitstermine an, die bedingte mit dem Eintritte der Bedingung.[3] Eine Eigenthumsklage verjährt von dem Augenblicke, in welchem sie dadurch entstand, daß ein Dritter sich in dem Besitze oder der Innehabung befand, auch dann, wenn derselbe, z. B. der Prekarist, die Sache ursprünglich mit der Zustimmung des Eigenthümers inne hatte.[4] Es tritt aber die Verschiedenheit der römischen Klagenverjährung und unserer, das Recht selbst beseitigenden Verjährung in folgenden Punkten hervor:

1. Die römische Klagenverjährung konnte ihrem Principe nach niemals beginnen, ehe die Klage bereits begründet war, deren Erlöschen sie bewirken sollte,[5] bei uns hingegen finden sich nicht selten Fälle, in welchen die erlö-

---

1) L. R. I, 9 §. 545.

2) Hiefür hat sich namentlich Savigny erklärt Bd. 5. S. 281. S. 298. Vgl. aber dagegen Wangerow I. §. 147 Anm. sub I. 2 derselben. Archiv für civ. Praxis Bd. 33 S. 295. Ferner Zrodlowski ebendaselbst Bd. 52 S. 358 ff.

3) l. 7 §. 4. C. de praescr. XXX. ann. 7, 39.

4) Anderer Ansicht sind freilich die Anhänger der Verletzungstheorie.

5) Eine Verjährung der Klage beginnen zu lassen, ehe die Klage entstanden ist, ist principwidrig und widerspricht den römischen Gesetzen, welche überall die

Digitized by Google

schende Verjährung läuft, noch ehe die Bedingungen einer Klage gegeben sind.[6] Dies namentlich, wenn ein Hinderniß, welches sich der Klage noch entgegenstellt, darin beruht, daß der Berechtigte die ihm seinerseits obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt hat. Es läuft aus diesem Grunde die Verjährung eines Anspruchs aus einem zweiseitigen Kontrakte auch dann, wenn der Berechtigte die ihm obliegende Vorleistung oder die Zug um Zug anzubietende Gegenleistung noch nicht angeboten hat, obgleich dieselbe sein Klagrecht bedingt.[7] Aber auch abgesehen von eigentlicher Versäumniß des Berechtigten, beginnt die Verjährung mit dem Momente, in welchem der Gläubiger im Stande war, das Klagrecht durch seinen bloßen Willensentschluß zur Entstehung zu bringen, da die Ausübung seines Rechts hier bereits in seinen Händen ruhte. Hiernach entscheidet sich insbesondere die Streitfrage über den Zeitpunkt der Verjährung einer kündbaren Darlehensforderung.[8]

---

wirkliche Nativität der Klage zum Eintritt der Verjährung fordern. Cfr. l. 1 §. 1. C. de annali exceptione 7, 40. Thon in Linde's Zeitschrift Bd. 8 S. 2 ff., Bangerow I, §. 147 Anm. I. 1. Dagegen Windscheid I, §. 107 Anm. 9, jedoch bloß aus Gründen des Nutzens, welche mit der Frage nichts zu thun haben, ob die Römer solcher Gestalt eine Verjährung anerkannt haben, welche sich nicht mehr als Klagenverjährung charakterisirt.

6) Schon die älteren gemeinrechtlichen Juristen, wesentlich auf dem Standpunkte der Rechtsverjährung stehend, haben bekanntlich die Regel aufgestellt: toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris. Diese Regel läßt sich aus L. R. I, 9 §. 545 entnehmen, sie liegt aber, was mehr ins Gewicht fällt, in der Konsequenz unseres Rechts. Die Schriftsteller des preußischen Rechts streiten freilich. Für jene Regel unter Anderen Bornemann II, S. 69 ff. und neuerdings O. Trib. Bd. 69 S. 57 ff. So läuft die Verjährung — auch die kurze des Gesetzes vom 31. März 1838 —, wenn dem Gläubiger die Preisfestsetzung überlassen war, trotzdem daß diese noch aussteht.

7) Dies hat das Obertribunal — vgl. Gruchot Beiträge Bd. 7 S. 455 — in dem speciellen Falle anerkannt, in welchem das Recht des Verpächters auf den Pachtzins davon abhängig gemacht war, daß er die im Kontrakte festgesetzten Reparaturen vornehme.

8) Gemeinrechtlich ist die Frage sehr bestritten. Die meisten Schriftsteller behaupten, daß dann, wenn eine Frist für die Rückzahlung von der Kündigung ab festgesetzt sei, die Verjährung erst anfange, wenn die Kündigung wirklich erfolgt und die Frist abgelaufen sei, da ja vorher die Klaganstellung rechtlich unzulässig sei, Savigny V, S. 295 ff. Bangerow Bd. 1 §. 147. II. 3. Dagegen will man vielfach nach Maßgabe der l. 48. D. d. v. o. 45, 1 in dem Falle, daß die Rückgabe des Darlehens sofort „nach Kündigung" erfolgen sollte, die Verjährung schon von der Hingabe des Darlehens ab datiren, weil in einer solchen Klausel keine Schranke des Gläubigers, sondern nur eine Einschärfung der Verbindlichkeit des Schuldners gesehen wird, Bangerow l. c., eine Modifikation, worüber freilich die Meinungen wieder sehr differiren. Eine andere Gruppe von Schriftstellern, z. B. Unterholzner Verjährung §. 260, Wächter II, S. 808 n. 15, nimmt dagegen an, daß die Verjährung in allen diesen Fällen von dem Augenblicke anfange, wo die Aufkündigung möglich war, jedoch mit Hinzurechnung der bedungenen Frist. Dies nach dem Grundsatze toties praescribitur u. s. f. Die letztere Ansicht hat das Obertribunal durch Plenarbeschluß vom 13. Januar 1838, Entsch. Bd. 3 S. 165 adoptirt. Vgl. auch Gruchot Bd. 7 S. 447 ff. Koch Recht der Forderungen 2te Aufl. S. 762 will freilich die Verjährung sogar von der Kündbarkeit des Darlehens an datiren, ohne die nach der Kündigung

Digitized by Google

Es genügt, daß die Kündigung des Darlehens bereits möglich war, und daß außer der Verjährungsfrist noch so viel Zeit abgelaufen ist, als die dem Schuldner nach Gesetz und Vertrag von der Kündigung an laufende Zahlungsfrist betrug.[9]

2. Nach römischem Rechte wurde der Lauf der Klagenverjährung durch das Bestehen von dilatorischen oder peremptorischen Exceptionen nicht gehindert. Denn an sich ist das Klagrecht trotz derselben begründet und nirgends wird die Möglichkeit des Vorschützens einer Exception als Hemmniß der Verjährung besonders erwähnt. Es mußte daher die Klage trotz des Vorhandenseins solcher Einreden zu dem Zwecke angestellt werden, damit durch sie die Verjährung unterbrochen wurde.[10]

Anders verhält es sich bei der heutigen erlöschenden Verjährung; denn uns ist nicht entscheidend die formelle Zulässigkeit der Klage, sondern die Möglichkeit wirksamer Ausübung unseres Rechts. Bei uns läuft also richtiger Ansicht nach die Verjährung dann nicht, wenn dem Berechtigten eine Einrede, z. B. aus einem Stundungsvertrage, entgegensteht. Jedoch ist die Verjährung gemäß den oben ausgeführten Grundsätzen dann nicht gehindert, wenn die Einrede nur eine Versäumniß des Berechtigten rügen würde, oder durch dessen bloße Entschließung hätte beseitigt werden können.

Gemeinrechtlich ist streitig, ob nur die einzelnen verfallenen Rückstände aus einer fortdauernde Verbindlichkeiten erzeugenden Verpflichtung verjähren, oder ob das Recht selbst auch hinsichtlich der künftig fälligen Prästationen

---

laufende Frist in Anschlag zu bringen, da der Gläubiger bereits vor deren Ablauf mit dem Petitum hervortreten könnte, daß der Schuldner zur Verfallzeit Befriedigung leiste, vgl. A. G. O. I, 28 §. 4. Kabinetsordre vom 17. Oktober 1833 n. I. Wäre dies maßgebend, so müßte auch die Verjährung einer Forderung mit einem bestimmten Zahlungstermine vor dem Verfalltage laufen, da sie in gleicher Weise vorher zum Gegenstande einer Klage werden kann. Richtiger Ansicht nach kann aber die Vergünstigung einer solchen Anticipation der Klage für die Verjährung nicht in Betracht kommen.

9) Besonderes freilich gilt für das Wiederkaufsrecht. Gemeinrechtlich war die Verjährbarkeit das Auslösungsrecht des Verkäufers bestritten, indem die einen dieselbe vom Abschlusse des Vertrages an datiren wollten, was sich freilich nur durch die Regel toties praescribitur u. s. w. rechtfertigen ließ, — vgl. aber Bangerow I, §. 147. II. 8, — während Andere, namentlich diejenigen, welche die Rechtsverletzung zur Voraussetzung der Nativität erklären, die Verjährung erst beginnen lassen, wenn der Verkäufer den Wiederverkauf begehrt hat. So Savigny V, S. 304 ff. Das L. R. nun bestimmt I, 11 §. 317, daß ein Wiederkaufsrecht, welches zu allen Zeiten stattfinden solle, unverjährbar sei. Dies von seinem Standpunkte aus singulärer Weise im Interesse der Wiederkäufer und, indem man einen stillschweigenden Verzicht auf die Verjährung unterstellte. Dagegen wird man das Wiederauslösungsrecht des Pfandschuldners bei uns nicht für unverjährbar ansehen dürfen. Ueber das römische Recht vgl. Dernburg Pfandrecht I, S. 159.

10) So Savigny Bd. 5 S. 290. Dernburg Pfandrecht Bd. 2 S. 599. Die Meinungen der gemeinrechtlichen Schriftsteller sind sehr getheilt. Vgl. z. B. Bangerow Bd. 1 §. 147 I sub 3.

Digitized by Google

erlischt, wenn die Verjährungszeit hindurch die verfallenen Leistungen nicht gefordert wurden. Nach der römischen Theorie konnte die Verjährung nur für die verfallenen Einzelansprüche zu laufen anfangen, da nur sie einklagbar waren, nicht aber das Hauptrecht selbst.[11] Dagegen das moderne Princip der Aufhebung der Rechte wegen Nichtausübung mußte zu dem landrechtlichen Satze führen, daß das Hauptrecht selbst erlösche, wenn es die Verjährungszeit hindurch zu keiner Verwirklichung durch Einforderung der einzelnen Prästationen kam.[12]

Die Verjährung des Hauptrechts beginnt indessen dann nicht, wenn die Nichteinforderung der einzelnen Gefälle, wie klar erweislich ist, aus bloßer Nachsicht erfolgte.[13] [14]

§. 168. Zeitraum. Unterbrechung der erlöschenden Verjährung.

Nach dem Vorbilde der römischen Klagenverjährung vollendet sich unsere erlöschende Verjährung in der Regel mit dreißig Jahren;[1] doch giebt es nicht wenige Fälle kürzerer Zeitdauer.[2]

Die Grundsätze über die Unterbrechung der Verjährung sind im heutigen und im römischen Rechte wesentlich verschieden. Der Vollendung der römischen Klagenverjährung konnte ihrem Principe nach nur die Erhebung der Klage entgegentreten; es wurden derselben indessen aus besonderer Billigkeit durch Einzelgesetze im späteren römischen Rechte andere Gründe, insbesondere gewisse Fälle der Anerkennung des Rechts durch den Verpflichteten

---

11) Vgl. auch l. 7 §. 6. C. de praescr. XXX. ann. 7, 39. Demelius Untersuchungen S. 200. Unger II, §. 120 n. 10. Windscheid I, §. 107 n. 8. Die Mittelmeinung, wonach die Verjährung des Hauptrechts nur eintreten soll unter Voraussetzung einer von Seiten des Schuldners erfolgten Bestreitung des Gesammtrechts — Unterholzner II, §. 260. Savigny V, S. 312 — entspricht weder dem Principe des römischen noch des neueren Rechts.

12) L. R. I, 9 §. 509, ebenso österr. G. B. §. 1480. Für dasselbe Princip auch Gerber Jahrb. für Dogmatik II, S. 47 ff. Die vorlandrechtliche Praxis war schwankend. Vgl. Behmer jus contr. I. obs. 9. Hymmen Beitr. Bd. 8 S. 27 ad 7. Entscheidung der Gesetzkommission v. 26. Dec. 1789, Klein Annalen Bd. 6 S. 310. Näheres bei Heydemann II, S. 119.

13) L. R. I, 9 §. 510.

14) Es ist übrigens klar, daß sich dies Alles nicht bezieht auf einfache verzinsliche Darlehen, bei denen Kapital und Zinspflicht zwei verschiedene, wenn auch verbundene Verbindlichkeiten bilden, von denen jede für sich einklagbar ist, sondern nur auf Renten, Reallasten u. s. f. Dennoch hat das Obertribunal bei Striethorst Archiv Bd. 4 S. 80 eine Anwendung des §. 510 auf verzinsliche Darlehen gemacht.

1 L. R. I, 9 §. 546. Ueber die Berechnung der Zeit siehe L. R. I, 9 §. 547 und ff. und oben §. 70 Anm. 8.

2) Unten §. 170.

Digitized by Google

gleichgestellt.[3] In seiner Reinheit giebt das römische System bei uns nur die Wechselverjährung wieder, welche einzig durch die Behändigung der Klage, oder einer Litisdenunciation eines aus demselben Wechsel schon in Anspruch Genommenen unterbrochen wird.[4] Für die Regel aber genügt bei uns zur Unterbrechung jede Bethätigung des Rechts.

1. Demgemäß begegnet der Verjährung vor Allem die thatsächliche Verwirklichung des Rechts.[5] Dieselbe beruht bald in der Herstellung und Erhaltung eines Zustandes, z. B. bei einer Bauservitut in dem Bestehen der entsprechenden Einrichtungen,[6] bald in einer Thätigkeit Seitens des Berechtigten oder seiner Leute, z. B. in dem Benutzen des Weges, auf den uns eine Weggerechtigkeit ein Recht giebt, bald endlich, bei affirmativen Rechten, in einer entsprechenden Leistung Seitens des Verpflichteten oder seines gehörig legitimirten Vertreters.

2. Auch eine jede dem Berechtigten Seitens des Präskribenten abgegebene Anerkennung der Verpflichtung unterbricht bei uns die Verjährung, sei die Anerkennung nun eine ausdrückliche oder indirekte gewesen.[7] Es gehören hierher Sicherheitsstellungen, Abschlags-, sowie Zinszahlungen,[8] Vergleiche, Fristgesuche, nicht aber bloße Vergleichsanerbietungen.

3. Endlich bildet einen Unterbrechungsgrund die Erhebung der Klage gegen den Verpflichteten, ja selbst eine Klaganmeldung[9] [10] und gerichtliche

---

3) Vgl. Demelius Untersuchungen S. 60 ff. Bruns in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte I, S. 108.

4) Wechselordnung §. 80.

5) Vgl. auch L. R. I, 19 §. 32. „So lange Jemand die Verbindlichkeit, gegen welche ihm ein Recht auf eine fremde Sache eingeräumt ist, erfüllt, kann keine Verjährung wider ihn anfangen." Präj. des Obertribunals n. 1783.

6) L. R. I, 22 §. 51.

7) L. R. I, 9 §. 562. Dies Anerkenntniß fordert keine schriftliche Form. Präj. des O. Trib. n. 2294. Entsch. Bd. 21 S. 192. Dasselbe muß aber dem Berechtigten gegenüber abgelegt sein. Die Verjährung wird z. B. nicht unterbrochen, wenn die Erben des Schuldners unter sich bei der Erbregulirung eine Forderung als bestehend anerkennen, falls der Gläubiger nicht zugezogen ist, ebensowenig dadurch, daß der Verpflichtete die Abtragung der ihm obliegenden Schuld einem Dritten auftrug, der dies unterließ und auch dem Gläubiger keine Kenntniß gab. Anders Präj. des Obertribunals n. 1646. — Einer Angabe über die Höhe der Schuld bedarf das Anerkenntniß nicht. Simon Rechtsspr. I, S. 79. Sommer Ulrichs Archiv Bd. 6 S. 270.

8) Natürlich hat die Zinszahlung der Gläubiger zu beweisen, welcher behauptet, daß durch dieselbe die Verjährung der Kapitalschuld unterbrochen sei. Die entgegengesetzte Ansicht von Savigny Bd. 5 S. 309 ist unrichtig.

9) L. R. I, 9 §. 551, vgl. oben §. 130 Anm. 13. Die R. C. P. O. §. 239 setzt an die Stelle der Klage und der Klaganmeldung die Erhebung der schriftlichen Klage, wo solche das Verfahren vorbereitet, sonst die mündliche Klage. R. C. P. O. §§. 254. 461 Abs. 2, §. 471 Abs. 2, siehe oben §. 126 S. 265.

10) Die Klage oder sonstige gerichtliche Schritte müssen gegen den Präskribenten, also den Verpflichteten oder seinen Bevollmächtigten, angestellt sein. Gruchot Bd. 7 S. 475. Eine Klage gegen den vermeintlichen Schuldner kann daher zur Unter-

Digitized by Google

Protestation[11] genügt. Dies auch, wenn die Mittheilung derselben an den Verpflichteten noch nicht geschehen ist. Es reicht nicht weniger eine nicht substantiirte Klage hin, falls in derselben der Anspruch seinem Wesen nach bezeichnet war.[12] Ebenso genügt richtiger Ansicht nach Zustellung einer Litisdenunciation[13] an denjenigen, gegen welchen man seinen Regreß zu nehmen beabsichtigt, und die Benutzung des Anspruchs zu einer Einrede.[14] Auch eine Klage oder Klaganmeldung bei einem inkompetenten Gerichte[15] ist zulänglich

---

brechung der Verjährung gegen den wirklichen nicht genügen. Auch eine Klage, die gegen einen bereits verstorbenen Schuldner gerichtet wurde, ist unwirksam zur Unterbrechung der Verjährung gegen die Erben.

11) Daß eine gerichtliche Protestation die Verjährung unterbreche, hat das Obertribunal mittelst eines argumentum a contrario aus L. R. I, 9 §, 561 entnommen in den Gründen des Plenarbeschlusses vom 6. Juni 1853, Entsch. Bd. 25 S. 334. Vgl. R. O. H. G. Bd. 12 S. 232. Hiernach ist der Vorbehalt eines weiteren Anspruchs in einer Klage ausreichend. So O. T. Entsch. Bd. 43 S. 92, anders bei Striethorst Bd. 67 S. 29. — Grundsätzlich weicht ab Koch Ford. Bd. 2 S. 789.

12) Die Verjährung wird also durch Klage unterbrochen, auch wenn diese angebrachtermaßen abgewiesen wird; dies trotz L. R. I, 9 §. 557, da hier an die Abweisung angebrachtermaßen nicht gedacht ist, welche die Redaktoren des L. R. als dem Instruktionsverfahren zuwiderlaufend erachteten. Die neue Verjährung läuft von der Rechtskraft des abweisenden Erkenntnisses an. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 79 S. 8. — Auch eine zur Zeit abgewiesne Klage unterbrach die Verjährung, Striethorst Bd. 46 S. 234.

13) Bezüglich der Verjährung des Anspruchs aus dem Wechsel erkennt Art. 80 der W. O. an, daß die vom Verklagten geschehene Streitverkündigung die Stelle der Klage vertritt. Dem gemeinen Recht ist ein entsprechender Rechtssatz fremd; für das preußische Recht wird aber die Unterbrechung der Verjährung durch Streitverkündigung mit Recht bejaht vom O. Trib. im Plenarbeschluß vom 6. Juni 1853, Präjudiz n. 2451, Entsch. Bd. 25 S. 325 ff., sowie vom R. O. H. G. Bd. 11 S. 289, und zwar allgemein ohne Beschränkung auf eine vom Verklagten ausgehende Litisdenunciation; es dissentiren Koch zu L. R. I, 9 §. 551 und Förster Bd. I, §. 57 Anm. 70, vgl. aber Küntzel bei Gruchot Bd. 21 S. 471 ff. Das R. O. H. G. läßt a. a. O. die neue Verjährung mit der Einlegung der Litisdenunciation beginnen, das O. Trib. Bd. 78 S. 263 wohl richtiger mit der Rechtskraft des im Hauptprocesse ergehenden Erkenntnisses, denn der Hauptproceß wird durch die Streitverkündigung ein Stück des Verfahrens gegen den Litisdenunciaten und der Litisdenunciant ist nichts weniger als negligens, wenn er eine selbständige Klage gegen den Litisdenunciaten vor Erledigung des Vorprocesses nicht anstellt, vgl. Küntzel a. a. O. Wenn übrigens Küntzel annimmt, daß, abgesehen vom Wechsel — Einführungsgesetz zur R. C. P. O. §. 13 — nach Inkrafttreten der R. C. P. O. durch die Litisdenunciation im Gebiete des preußischen Rechts die Verjährung nicht mehr unterbrochen werde, so erscheint uns dies unbegründet.

14) Anders Savigny Bd. 5 S. 321, vgl. Dernburg Kompensation 2te Aufl. S. 543. Für das reine römische Recht ist die Ansicht Savigny's, für das moderne Recht die entgegengesetzte richtig. Einverstanden R. O. H. G. Bd. 12 S. 234.

15) L. R. I, 9 §. 552 ff. Gemeinrechtlich ist bekanntlich die Frage sehr bestritten. Sie ist nach römischem Rechte zu verneinen. Dagegen entscheidet sich auch code civ. im Art. 2245 dafür, daß die Ladung vor den inkompetenten Richter die Verjährung unterbreche. Es hing dies historisch damit zusammen, daß nach dem älteren französischen Verfahren der inkompetente Richter die vor ihn gebrachte Sache dem kompetenten selbst zustellen mußte, so daß der Proceß vor dem zuständigen Richter als eine Fortsetzung des ersten Processes behandelt wurde. Dies ist freilich im code de procedure nicht aufgenommen; daher besteht nun eine Kontroverse unter den französischen Schriftstellern, wie lange die Unterbrechung dauert.

Digitized by Google

zur Unterbrechung, unter Voraussetzung der Wiederholung der Klage binnen Jahresfrist im Falle ihrer Zurückweisung.

Außergerichtliche Mahnungen und außergerichtliche Protestationen unterbrechen hingegen auch nach preußischem Rechte die Verjährung nicht.

Die theilweise Ausübung einer Befugniß reicht zu ihrer Wahrung in ihrem gesammten Umfange hin, da man im Zweifel in ihr eine Manifestirung der auf Erhaltung des Gesammtrechts gerichteten Absicht erblickt.[16] War jedoch ersichtlich eine derartige Absicht bei dem Handelnden nicht vorhanden, so erhält sich dessen Recht nur in dem Umfange, in dem es ausgeübt wurde.[17] Entspringen aus einem Rechtsgrunde mehrere in sich verschiedene Befugnisse, so unterbricht die Ausübung des einen Rechts die Verjährung des andern nicht.[18]

Was die Frage anlangt, ob durch die Geltendmachung eines Klaganspruchs die Verjährung konkurrirender Klagen desselben Berechtigten gegen denselben Schuldner unterbrochen wird, so ist sie zu bejahen, falls die mehreren Klagen nur verschiedene Mittel zur Erreichung desselben praktischen Endziels bilden.[19] Zweifellos unterbricht daher die Anstellung einer bloß vorbereitenden Klage, z. B. auf Rechnungslegung die Verjährung der Hauptklage; ferner genügt die Erhebung der possessorischen Klage zur Erhaltung der petitorischen, endlich unterbricht auch die Klage auf Zinsen die Verjährung der Kapitalschuld. Wie aber, wenn dasselbe Objekt aus verschiedenem Fundamente, z. B. dieselbe Erbschaft zuerst auf Grund eines Intestaterbanspruchs und nach Ablauf der Verjährungszeit aus einem Testamente gefordert wird? Für die Unterbrechung spricht auch hier, daß es sich um dasselbe praktische Ziel handelt, welches in verschiedener Weise verfolgt wird.[20]

---

16) L. R. I, 9 §. 570. Es gilt dies z. B. dann, wenn eine Hütungsgerechtigkeit auf einer ganzen Feldmark ruhte und während der Verjährungszeit auf einzelnen Grundstücken nicht ausgeübt wurde. Entsch. des O. Trib. Bd. 74 S. 15. — Zur Beschränkung des Rechts bedarf es in solchen Fällen des Erwerbs eines Untersagungsrechts von der Gegenseite, L. R. I, 9 §. 574.

17) L. R. I, 9 §. 570 spricht zwar unbedingt aus: „wer einen Theil seines Rechts ausübt, erhält dadurch das ganze Recht." Allein hierbei ist vorausgesetzt, daß die Absicht des Handelnden nicht bloß auf eine beschränkte Bethätigung des Rechts ging. Wer aber z. B. eine jährliche Abgabe von 20 zu fordern hatte, und die Verjährungszeit hindurch stets ohne Vorbehalt nur 10 annahm, hat das Recht auf das Mehr durch erlöschende Verjährung verloren, da jene Absicht hier offenbar nicht existirte. Vgl. Koch Kommentar zu L. R. I, 9 §. 570. So auch Striethorst Bd. 97 S. 210.

18) L. R. I, 9 §. 571.

19) L. R. I, 9 §. 572.

20) Die Meinungen differiren. Vgl. Entsch des O. Trib. Bd. 27 S. 318. Jedenfalls steht ein Vorbehalt in der ersten Klage einer besonderen gerichtlichen Protestation gleich und erhält die zweite Klage, oben Anm. 11.

Digitized by Google

Inwieweit kommt endlich die Unterbrechung oder Hinderung der Verjährung zu Gunsten eines Mitberechtigten anderen Mitberechtigten zu Gute, und inwieweit wirkt eine solche Unterbrechung oder Hinderung, welche gegen einen Mitverpflichteten eintritt, auch gegen andere Mitverpflichtete? Das Landrecht bestimmt, daß bei mehreren Miteigenthümern untheilbarer oder auch gemeinschaftlich besessener Sachen oder Rechte das, was in Ansehung des einen Mitberechtigten die Verjährung hindert oder unterbricht, in Ansehung solcher Sachen oder Rechte auch den übrigen zu Gute komme.[21] Andrerseits unterbricht die Ausübung eines Rechts gegenüber einem von mehreren Mitverpflichteten auch gegen die übrigen die Verjährung, falls die Verbindlichkeit Aller auf demselben Rechtsgrunde beruht;[22] es gilt dies insbesondre gegen Korrealschuldner[23] und Miterben. Dagegen hindert eine Unterbrechung der Klagenverjährung gegenüber einem selbstschuldnerischen Bürgen[24] oder dem dritten Besitzer der verpfändeten Sache nicht die Verjährung gegen den Hauptschuldner, und umgekehrt verjährt der Anspruch gegen den Besitzer der Hypothek trotzdem, daß die Verjährung gegen den Hauptschuldner unterbrochen wurde. Denn es handelt sich hier nicht um ein einziges Recht, das Mehrere gemeinsam und gleichmäßig verpflichtet, sondern um verschiedene Berechtigungen gegen Mehrere.[25] [26]

---

21) L. R. I, 9 §. 575. An und für sich wäre dies wohl nur für den Fall der Untheilbarkeit des Rechts anzunehmen, wovon der Fall l. 10. pr. D. quemadmodum serv. am. 8, 6 ein Beispiel giebt. Schon Justinian aber hat bestimmt, daß bei mehreren Korrealgläubigern „ex uno eodemque contractu" die Unterbrechung zu Gunsten oder zum Nachtheil des Einen für und gegen Alle wirke l. 5. C. de duobus reis 8, 40. Vgl. übrigens Striethorst Bd. 97 S. 326.

22) L. R. I, 9 §§. 576—578.

23) L. R. I, 5 §. 440. aber auch §. 438; vgl. unten Bd. 2 §. 49. Es gilt jedoch der Satz nicht bei mehreren Wechselschuldnern, auch wenn dieselben korrealverpflichtet sind — vgl. unten Bd. 2 §. 47 — in Folge des Art. 80 der W. O., siehe R. O. H. G. Bd. 19 S. 311.

24) Vergleiche übrigens unten Bd. 2 §. 246.

25) Das Obertribunal hat zunächst für gemeines Recht anerkannt, daß die Verjährung der persönlichen Verbindlichkeit des Schuldners durch die alleinige Verfolgung des Hypothekenrechts von Seiten des Gläubigers gegen den dritten Besitzer des für die Schuld verpfändeten Grundstückes nicht unterbrochen werde, Präj. n. 219. Dagegen nimmt jenes Gericht, wie es scheint, inkonsequenter Weise an, es werde durch die von dem Besitzer der verhypothecirten Sache geleistete Zahlung der Zinsen die Klagenverjährung auch in Beziehung auf den persönlichen Schuldner unterbrochen. Dies soll selbst nach gemeinem Rechte richtig sein. Plenarbeschluß vom 2. Mai 1842, Präj. n. 1127, Entsch. Bd. 8 S. 13 ff.; für den Plenarbeschluß Koch zu L. R. I, 5 §. 439, Gruchot Bd. 7 S. 607, Förster Bd. I §. 57 Anm. 81, vgl. aber Entsch. Bd. 9 S. 226 ff. Daß das Anerkenntniß des persönlichen Schuldners die Verjährung von Zinsen gegen den Hypothekenschuldner nicht unterbreche, erkennt das O. T. an Bd. 68 S. 272.

26) Unterbricht die Eigenthumsklage gegen den Usufruktuar zugleich die Verjährung gegen den vollständigen Besitzer der Sache? Auch dies ist wohl zu verneinen, wenn derselbe nicht zum Processe zugezogen wurde.

Digitized by Google

Die einmal unterbrochene Verjährung beginnt wieder, sowie das unterbrechende Ereigniß in die Vergangenheit getreten ist. Geschah die Unterbrechung durch ausdrückliches Anerkenntniß, so läuft sie wieder von dessen Ertheilung an; im Falle einer Zinszahlung beginnt eine neue Verjährung vom Momente der Zahlung ab, nicht, wie man behaupten wollte, von der Fälligkeit des nächsten Zinstermins.[27] Was die Unterbrechung durch gerichtliche Schritte betrifft, so war die Klagenverjährung des römischen Rechts mit der einmaligen Erhebung der Klage für immer ausgeschlossen; es schuf daher das römische Recht zum Ersatz die sogenannte Verjährung der Litispendenz, welche den liegengebliebenen Klaganspruch nach vierzig Jahren unwirksam machte.[28] Bei uns hingegen beginnt die gewöhnliche Verjährung aufs neue vom Tage an, mit welchem der Kläger den Proceß hätte fortsetzen können und sollen.[29] Nach Zurückweisung einer unsubstantiirten Klage läuft die Verjährung erst mit dem dreißigsten Tage nach dem abweisenden Dekret auf's neue; ist endlich einmal eine Verurtheilung erfolgt, so tritt eine neue Verjährung ein nach Ablauf eines Jahres von der Rechtskraft an oder von dem etwa festgesetzten späteren Erfüllungstage.[30]

Die neue Verjährung hat der Regel nach eine der ursprünglichen gleiche Frist. Dagegen gegenüber der Judikatsobligation, die dem Anspruche einen neuen Charakter verleiht, ist stets die ordentliche dreißigjährige Verjährungsfrist erforderlich.[31] [32]

§. 169. Wirkung der erlöschenden Verjährung.

Die Wirkung der erlöschenden Verjährung ist Aufhebung des verjährten Rechts.[1]

Zur Rechtfertigung dieser Aufhebung hatten die gemeinrechtlichen Schriftsteller nicht selten angeführt, daß ein Anspruch, welcher die Verjäh-

---

27) Vgl. Ulrich Archiv Bd. 8 S. 258. Anders Savigny Bd. 5 S. 306 von dem Standpunkte aus, daß zum Beginne der Verjährung eine Rechtsverletzung nöthig sei.

28) l. un. Cod. Theod. de act. certo temp. 4, 14. l. 9. C. de praescr. XXX. ann. 7. 39. Linde in Gießner Zeitschrift Bd. 2 S. 153 ff.

29) L. R. I, 9 §§. 554. 555. Es gilt dies auch für den Fall der Zurücknahme der Klage. Ueber R. C. P. O. §. 243 vgl. oben §. 131 Anm. 10. — Hinsichtlich des Wiederbeginns der durch Litisdenunciation unterbrochnen Verjährung siehe oben Anm. 18.

30) L. R. I, 9 §. 556 ff.

31) Diese Rechtssätze spricht in specieller Anwendung aus Gesetz vom 31. März 1838 §. 10. Sie werden auch vom Obertribunal angenommen, während früher unter den Schriftstellern Meinungsverschiedenheit herrschte.

32) Einen wenn auch gerichtlichen Vergleich hat man dem Urtheile nicht gleichgestellt, indem man annimmt, daß derselbe die Natur des zu Grunde liegenden Rechts nicht ändert, Präj. des Obertribunals n. 2115.

1) L. R. Einl. §. 107. I, 9. §. 501. I, 6 §. 54.

Digitized by Google

rungszeit hindurch nicht ausgeübt wurde, der Vermuthung nach getilgt sei, da häufig dem Verpflichteten nur der Beweis der Tilgung, z. B. in Folge des Verlustes der Quittungen nach so langer Zeit nicht mehr möglich sei. Praktische Folge hatte indessen das gemeine Recht diesem Gedanken nicht gegeben, so daß man namentlich den Gegenbeweis, daß in der That die Schuld noch nicht getilgt sei, nicht zuließ. Dies deshalb, weil diese Präsumtion der Tilgung höchstens ein unterstützender Grund der Verjährung ist, die wesentliche Rechtfertigung derselben aber in dem Bedürfniß der Sicherung von Zuständen liegt, welche geraume Zeit bestehen.

Im Landrechte hat man nun diese Vermuthung der Tilgung in eigenthümlicher Weise mit der Anforderung der bona fides in Verbindung gesetzt. Bekanntlich hatte das kanonische Recht für jede Verjährung eine während der Verjährungszeit dauernde bona fides verlangt, indem es einseitig das subjektive Unrecht dessen, der im Bewußtsein seiner Verpflichtung zu verjähren suchte, betonte und das allgemeine Interesse der bürgerlichen Gesellschaft bei dem Verjährungsinstitute übersah.[2] Dagegen wurde auch nach dem kanonischen Rechte die Wirkung der Verjährung nicht dadurch nachträglich gestört, daß nach der Vollendung derselben bei dem Präskribenten Kenntniß des ursprünglichen Verhältnisses eintrat, da nunmehr die Verjährung einen neuen Rechtszustand geschaffen hatte, so daß der frühere Zustand gleichgültig wurde. Indessen lag es nahe genug, wenn man einmal den sittlich religiösen Standpunkt in den Vordergrund setzte, einen Schritt weiter zu gehen und die Verjährung nicht sowohl demjenigen zu versagen, welcher *während der Verjährungszeit* das Bewußtsein seiner Verpflichtung gehabt hatte, als vielmehr demjenigen, der im Moment der *Vorschützung der Verjährungseinrede* wußte, daß er im Grunde verpflichtet sei. Diesen Gedanken aufnehmend, hat nun das Landrecht bestimmt, die in der Verjährung liegende Vermuthung der Tilgung der Schuld könne durch den vollständigen Beweis, daß der Verklagte wider besseres Wissen von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit sich der Erfüllung derselben dennoch entziehen wolle, entkräftet werden.[3]

---

2) Cap. 20. X. de praescr. 2, 26: „ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis.“ Es ist hier nicht der Ort, die vielverbreitete Auffassung zu widerlegen, wonach die Bestimmung nur Klagen auf Herausgabe einer unrechtmäßig besessenen fremden Sache betreffen soll. Weder die Schlußmotivirung des Gesetzes „ut in nulla temporis parte habeat conscientiam rei alienae,“ durch deren wörtliche Auslegung man den Tenor des Gesetzes zu beschränken sucht, noch die an sich interessanten historischen Ausführungen von Hildebrand Archiv f. civ. Pr. Bd. 36 n. 2 geben dafür genügenden Anhalt.

3) L. R. I, 9 §§. 568. 569. Diese Bestimmungen fehlen in dem ursprünglichen Entwurfe, in welchem man praktischer Weise auf die bona fides des Schuldners keine Rücksicht nehmen wollte. Sie wurden erst im Laufe der Berathungen

Digitized by Google

Jedoch ist diese landrechtliche Bestimmung um deswillen ein todter Buchstabe geblieben, weil der Beweis, daß man sich seiner Verpflichtung wider besseres Wissen entziehe, höchstens durch Eidesdelation geführt werden könnte, die preußische Praxis aber, dem Erforderniß der bona fides ohnehin abgeneigt, eine solche Eidesdelation aus dem Grunde ausschloß, weil ein Eid nur über Thatfragen, nicht aber über eine Rechtsfrage zugeschoben werden könne.[4]

Dagegen hat wenigstens der Gedanke praktische Bedeutung, daß der ursprünglich Verpflichtete seine Verpflichtung, trotz der Verjährung, freiwillig als nicht getilgt behandeln kann. Und zwar kann er dies vornehmlich durch ausdrückliche Anerkennung der Verbindlichkeit der verjährten Schuld, die jedoch, um gültig zu sein, die gewöhnliche Vertragsform, also nach Umständen Schriftlichkeit verlangt.[5] Aber auch freiwillige Erfüllung der verjährten Verbindlichkeit durch denjenigen, welcher die Einrede der Verjährung kennt und sich ihrer nicht bedienen will, ist möglich und es würde dieselbe unserer Ansicht nach, die freilich bestreitbar ist, nicht als Schenkung, sondern als Zahlung einer Schuld anzusehen und zu behandeln sein. Ferner würden wir die selbstschuldnerische Verbürgung sowie die Stellung eines Pfandes durch einen Dritten als wirksam ansehen, falls der Bürge und der Dritte in Kenntniß der Verjährungseinrede intercedirt und dadurch die Schuld anerkannt haben.

Gemeinrechtlich ist bekanntlich streitig, ob noch nach der Verjährung eine natürliche Verbindlichkeit übrig bleibt, und zwar ist dies für das gemeine Recht in gewissem Maße zu bejahen.[6] Für uns tritt an die Stelle dieser Auffassung der Satz, daß der Verpflichtete und daß Dritte die Schuld trotz der Verjährung als bestehend behandeln können.

Die Einrede der erlöschenden Verjährung ist richtiger Ansicht nach, wie Einreden anderer Art von der Vorschützung durch den Verklagten abhängig. Allerdings verlangte die allgemeine Gerichtsordnung,[7] daß der Richter bei

---

eingefügt auf Grund von Rave: de praescriptionibus §. 133. Vgl. Gans über die bona fides bei der Verjährung, Beiträge Bd. I. S. 28, Savigny Bd. 5 §. 246.

4) Präjudiz des Obertribunals n. 1521. Entsch. Bd. 10 S. 107. Hiernach soll namentlich der Eid nicht dahin zugeschoben werden können, daß die eingeklagte Schuld durch den Verklagten weder durch Zahlung, noch auf eine andere Art berichtigt und überhaupt keine Thatsache eingetreten sei, wodurch sich das Schuldverhältniß verändert habe, auch der Verklagte hiervon vollständig unterrichtet sei.

5) L. R. I, 9 §. 564. Andere Auffassungen hat Koch Kommentar zu diesem Paragraphen. Daß eine solche Anerkennung Dritten, z. B. Bürgen, nicht schaden kann, darüber vgl. oben §. 81.

6) Hiefür namentlich Savigny Bd. 5 §. 248 ff. Dagegen u. A. Bangerow I. §. 151. Anm. Bekker Jahrbuch des gemeinen Rechts Bd. IV. n. 14. Vgl. auch Dernburg Pfandrecht II. S. 587 ff. Compensation 2. Aufl. S. 473.

7) A. G. O. I, 9 §. 11.

Digitized by Google

der Instruktion des Processes von Amtswegen auf Rechtsausflüchte, die aus der Geschichtserzählung des Klägers sich ergeben, insbesondere auch auf die Verjährung Rücksicht nehme. Allein dies war Folge der Untersuchungsmaxime der Gerichtsordnung und ist weggefallen, seit der Proceß nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime geführt wird.[8] Der Richter kann daher die Klage nicht mehr, wie früher geschah, abweisen, ohne sie dem Verklagten zuzustellen, wenn der Einwand der Verjährung entgegenzustehen scheint und die Replik der Unterbrechung nicht in der Klage anticipirt ist. Die vielfach verbreitete gegentheilige Ansicht hätte nur Grund, wenn die Einrede der Verjährung der Verfügung der Parteien, insbesondere dem Verzicht entzogen wäre; dies wird aber von keiner Seite behauptet.[9]

§. 170. Kürzere Verjährungsfristen des Gesetzes vom 31. März 1838.[1]

Gewisse Verpflichtungen gelten in einem ordentlichen Haushalt als eine Last der laufenden Einnahmen, sie stehen gleichsam auf dem Jahresbudget des Einzelnen. Daher werden sie von den Schuldnern der Regel nach entweder sogleich oder doch in kurzer Frist berichtigt, ja es liegt deren regelmäßige, baldige Abwicklung zur Erhaltung der Wirthschaftlichkeit der Privaten im allgemeinen Interesse. Für solche Forderungen schuf in zweckmäßiger Weise das altfranzösische und in den code Napoléon aufgenommene Recht[2] eine kürzere Verjährung, welche indessen nur die Vermuthung für eine kurzer Hand erfolgte Tilgung wirkte, so daß dem Gläubiger wenigstens in einigen der Fälle der Gegenbeweis durch Eideszuschiebung an den Schuldner, daß

---

8) Entscheidungen des Obertrib. Bd. 33 S. 459 ff. Heydemann II. S. 213 ff. Anders bei gewissen processualischen Terminen, z. B. dem Appellationsfatale, dessen Ablauf der Richter von Amtswegen geltend macht.

9) Gemeinrechtlich ist die Frage freilich gleichfalls bestritten. Für die Berücksichtigung von Amtswegen waren unter Anderm auch die sächsischen Konstitutionen p. I. cap. 25. — Vgl. hiergegen Unterholzner Verjährungslehre §. 138, Windscheid I. §. 112 Anm. 1, auch code civ. art. 2223.

1) Es giebt eine große Anzahl von kürzeren Verjährungsfristen, die sämmtlich hier aufzuführen keine wissenschaftliche Aufgabe wäre. Es gehört hierher die kurze Wechselverjährung, deutsche Wechselordnung Art. 77 ff. Die wichtigsten kurzen Verjährungen des deutschen Handelsgesetzbuches sind die der Klagen wegen Mängel des Kaufobjekts in sechs Monaten, Art. 349, welche sich an entsprechende landrechtliche Bestimmungen anschließen, L. R. I, 5 §§. 343 u. 344, die einjährige Verjährung gegen den Spediteur Art. 386 und Frachtführer Art. 408, die fünfjährige Verjährung zu Gunsten der Gesellschafter, nachdem sie nicht mehr bei der Gesellschaft betheiligt sind, Art. 146 ff., 172.

2) Ordonnanzen von Ludwig XII. von 1510 und 1512, coutumes de Paris Art. 125—127, und die Handelsordnung Ludwig XIV. von 1673 Art. 7. 8. 9. — Code civil Art. 2271—2277.

Digitized by Google

in Wahrheit Zahlung nicht erfolgt sei, offen gehalten wurde.[3] Das preußische Gesetz vom 31. März 1838[4] entnahm dem französischen Rechte den Gedanken dieser kurzen Verjährung. Seinen Bestimmungen war jedoch mehr das allgemeine Interesse an der raschen Abwicklung dieser Schuldverhältnisse, als die Vermuthung der Tilgung derselben maßgebend,[5] so daß man das Recht zur Eideszuschiebung über die wirkliche Tilgung, wie sie das französische Vorbild dem Gläubiger sichert, nicht in das Gesetz aufnahm.

Die Verjährungsfrist solcher, wie wir sie nennen können, laufender Forderungen im preußischen Rechte ist bald eine zweijährige, bald eine vierjährige. Mit dem Ablaufe von zwei Jahren verjähren namentlich Forderungen der Fabrikunternehmer, Kaufleute, Krämer, Künstler und Handwerker für Waaren und Arbeiten, ingleichen der Apotheker für Arzneimittel,[6] jedoch nur gegenüber den Konsumenten, so daß diejenigen Forderungen ausgeschlossen sind, welche nachweisbar in Bezug auf den Gewerbebetrieb der Empfänger entstanden sind;[7] ferner verjähren in jener Zeit Forderungen von Gast- und Speisewirthen für Wohnung und Beköstigung und von Schulen, Pensions- und Verpflegungsanstalten — nicht aber Krankenhäusern — für Unterhalt und Erziehung. Ebenso verjähren Forderungen von Fabrikunternehmern, Kaufleuten, Krämern, Künstlern und Handwerkern wegen der ihren Arbeitern geleisteten Vorschüsse, namentlich aber gewisse Lohnforderungen, deren sofortige Entrichtung durchaus gebräuchlich ist, wie die von Fabrikarbeitern, Handwerksgesellen, Tagelöhnern wegen ihres Lohnes, die von Fuhrleuten und Schiffern und die Honorarforderungen der Lehrer. Auch die Forderungen der Fuhrleute und Schiffer für „Auslagen" unterliegen

---

3) Code civil Art. 2275, wenigstens für die kurzen Verjährungen der Art. 2271—2274.

4) Entgegengesetzte provincielle Bestimmungen schließt aus Gesetz vom 15. April 1842. Das Gesetz ist auch auf die gemeinrechtlichen Lande Preußens ausgedehnt worden.

5) In seiner einleitenden Motivirung schickt freilich das Gesetz nur die Erwägung voran, daß bei solchen Forderungen, die bald berichtigt zu werden pflegen, aus der langen Dauer der Verjährungsfrist eine Unsicherheit des Rechts entstehe. Die Bestimmungen des Gesetzes selbst aber führen weiter.

6) Hinsichtlich der Landwirthe hat das Gesetz eine Lücke.

7) Die Ausnahme entbehrt der innern Berechtigung. Denn die regelmäßige Abwicklung von gewerblichen Forderungen, für die höchstens Jahreskredite bewilligt werden, liegt in der Natur des gewerblichen Verkehrs, ebenso wie die der Forderungen an Private. — Gemäß des Textes des Gesetzes ist nicht gerade nothwendig, daß es sich um Waaren und Arbeiten handelt, welche vom Empfänger in seinem Geschäfte weiter verarbeitet und verwerthet werden, es sind vielmehr auch ausgenommen solche Leistungen, die in anderer Art für die Zwecke seines Geschäfts geschehen, z. B. Bau seiner Fabrik, Ausmeublirung seines Bureaus. So wenigstens das Obertrib. Präj. n. 2078. Zum Gewerbe im Sinne des Gesetzes rechnet das Obertribunal zwar nicht die Landwirthschaft, wohl aber die landwirthschaftlichen Nebengewerbe, z. B. Brennerei.

Digitized by Google

derselben Verjährung, wie deren Lohnforderung, während sonst diese Position der zweijährigen Verjährung nicht unterstieht.

Dagegen verjähren in vier Jahren gewisse andere Lohnforderungen, welche erfahrungsmäßig unter Umständen länger stehen bleiben, insbesondere die des Gesindes, der Handlungsgehülfen. Ferner sind an die vier Jahre gebunden die Gebührenforderungen für kirchliche Handlungen und die Ansprüche aller Personen, mit Ausnahme der Apotheker, welche wie Anwalte, Notare, Medicinalpersonen öffentlich zur Besorgung gewisser Geschäfte bestellt oder wie Makler, Auktionatoren aus der Geschäftsvermittlung oder der Uebernahme von Aufträgen ein Gewerbe machen; auf Spediteure und Kommissionäre bezieht sich dies nicht. Von besonderer Wichtigkeit ist, daß auch Rückstände an vertragsmäßigen Zinsen,[8] an Mieths- und Pachtgeldern, Alimenten, deren Betrag und Höhe feststeht, Besoldungen und anderen periodischen Leistungen in vier Jahren verjähren, und dies selbst im Falle der Eintragung des Rechts im Grundbuche. Endlich verjähren nach dem Gesetze vom 18. Juni 1840 zur Hebung gestellte direkte und indirekte Steuern, welche im Rückstande verblieben oder kreditirt sind, in vier Jahren nach Ablauf des Jahres, in welches ihr Zahlungstermin fällt.

Die zwei- und die vierjährige Verjährung fängt mit dem Ablaufe des letzten Decembers desjenigen Jahres an, in welchem die Schuld zahlbar wurde.[9] Nach einer Unterbrechung beginnt die kurze Verjährung von neuem,

---

8) Die kurze Verjährung betrifft nur vertragsmäßige oder sogenannte vorbedungene, nicht aber Verzugszinsen. In Folge dessen entsteht die Frage, ob und inwieweit nach der Verjährung der Konventionalzinsen Verzugszinsen gefordert werden können? Ein Plenarbeschluß des Obertrib. hat sich dahin entschieden, Entsch. Bd. 12 S. 17, Präj. n. 1731, daß in solchem Falle die durch den Verzug veranlaßten „Mehrzinsen" der Verjährung nicht unterlägen, während die Zinspflicht „in Höhe der Vertragszinsen" erloschen sei. Dies erscheint uns als unrichtig. Geräth der Schuldner einer verzinslichen Darlehensschuld in Verzug, so schuldet er richtiger Ansicht nach nunmehr die Zinsen aus doppeltem Fundament, es muß dem Gläubiger also unbenommen bleiben, auf Grund des Verzugs die Zinsen, abgesehen von der Zinsstipulation, einzuklagen. Denn es bildet die letztere nur einen selbständigen Nebenvertrag, durch welchen sich die Verpflichtung, die durch den Verzug der Leistung der Kapitalschuld entsteht, nicht ändern kann. Allerdings beseitigt die Zahlung auf Grund des einen Fundaments in entsprechender Höhe auch die Zinspflicht aus dem andern Schuldgrunde; keineswegs aber kann, was von der Zahlung gilt, auf die Verjährung ohne weiteres angewendet werden. Gegen diese Auffassung stützt sich das Obertribunal vornehmlich auf den Wortlaut von I, 11. §. 827. „Sind weder Zinsen noch Konventionalstrafen vorbedungen, so muß dennoch der Schuldner Zögerungszinsen entrichten." Allein es erscheint als eine verkehrte Methode, die Worte unserer Gesetzesparagraphen der Art zu pressen, daß man eine Verpflichtung der Zögerungszinsen nur für den Fall des unverzinslichen Darlehens annimmt; dann wären ja auch „Mehrzinsen" in Folge des Verzugs nicht geschuldet. In Wahrheit ist im §. 827 nur gemeint, auch dann, wenn keine Zinsen stipulirt waren, sind doch im Falle des Verzugs Zinsen zu leisten. — Auch Koch Kommentar zu I, 11. §. 827 billigt den Plenarbeschluß nicht.

9) Nach §. 5 des Gesetzes soll die Verjährung „mit dem letzten December des Jahres" anfangen. Nach der allgemeinem Zählungsweise des preußischen Rechts und

Digitized by Google

und zwar vom Unterbrechungsakt an. Dagegen tritt die ordentliche Verjährung dann ein, wenn die Parteien an die Stelle der laufenden durch Einverständniß eine auf längere Dauer berechnete Forderung gesetzt haben. Wann dies der Fall, ist eine thatsächliche Frage. Es muß zugegeben werden, daß die einfache Ausstellung eines neuen Schuldscheins[10] dafür nicht entscheidet. Ist aber bei solchen Gelegenheiten zugleich die Schuld zu einer verzinslichen gemacht oder einer Kündigungsfrist unterworfen worden, so ist die Absicht, die Schuld aus der Klasse der laufenden in die der ständigen Forderungen zu übersetzen, offenbar und es sollte daher von jetzt an, was freilich ein Obertribunalserkenntniß verneint, nur noch die ordentliche Verjährung eintreten.[11] Ferner entzieht die rechtskräftige Verurtheilung nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes die Forderung der kurzen Verjährung.[12] Hat ein freiwilliger Geschäftsführer eine laufende Forderung erfüllt, z. B. die Mutter ihrem Kinde die von dessen unehelichem Vater geschuldeten Alimente geleistet, so erhält derselbe hiermit eine actio negotiorum gestorum, welche allerdings an sich nur der ordentlichen Verjährung unterworfen wäre. Es ist aber anzunehmen, daß der Schuldner sich eine ohne sein Wissen und Willen eintretende ihm nachtheilige Veränderung seiner Schuld durch einen unberufenen Dritten nicht gefallen lassen muß und daher gegen die Geschäftsführungsklage in dieser Funktion dieselbe Verjährungseinrede hat, die ihm gegen die ursprüngliche Forderung zustehen würde.[13]

Inwieweit kommen die Hindernisse des Beginns der Verjährung, die in der besondern Lage des Berechtigten begründet sind, wie Minderjährigkeit, Unwissenheit, Abwesenheit, auch unseren kürzeren Verjährungen gegenüber

---

gemäß der gesetzlichen Intention wird dieser selbst nicht eingerechnet. So auch Präj. des Obertribunals n. 1768. Dagegen eine Abhandlung von Holländer in Ulrichs Archiv Bd. XI. S. 523.

10) Nach französischem Rechte hört die kurze Verjährung zu laufen auf — code civil art. 2274 — lorsqu'il y a eu compte arrêté, cédule ou obligation.

11) Präjudiz des Obertribunals, Entsch. Bd. 21 S. 36, Präj. n. 2295. Zwar ist richtig, daß sich das Obertribunal nicht ohne Schein auf die Grundsätze des Landrechts über Novation beruft I, 16 §. 452 ff., wonach in zweifelhaften Fällen eine Novation nicht vermuthet werden soll und ein Schuldschein, ja die Umänderung in den Zahlungsterminen und die Verwandlung der zinslosen in eine zinsbare Schuld zur Novation nicht genügen soll. Wir behaupten aber, daß die Absicht der Novation dann, wenn zu den letztgedachten Momenten auch noch hinzukommt, daß es sich bisher um eine laufende Forderung handelt, eine unzweifelhafte wird und daß also jene Bestimmungen auf dies besondere Verhältniß nicht passen.

12) §. 10 des Gesetzes vom 31. März 1838. Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn das Urtheil die Verpflichtung, Alimente oder Abgaben zu entrichten, nur im Allgemeinen feststellt. Dem Urtheil steht gleich gerichtlicher Vergleich, wie auch die Agnition des preußischen Processes.

13) Dies scheint auch die Entscheidung des Obertrib., Entsch. Bd. 44 S. 65, anzunehmen, vgl. ferner v. Diepenbroick — Grüter bei Gruchot Bd. 3 S. 1 ff.

Digitized by Google

in Betracht? Das Gesetz vom 18. Juni 1840 §. 11 über die Verjährungsfristen bei öffentlichen Abgaben bestimmt in dieser Hinsicht, daß die dort festgesetzten Fristen auch gegenüber Minderjährigen und unter Ausschluß der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Minderjährigkeit laufen sollen.[14] Liegt hierin eine Besonderheit? Das Obertribunal faßt im Gegentheil diese Bestimmung als Ausfluß des allgemeinen Gedankens, daß bei allen kürzeren Verjährungen der hier behandelten Kategorie bloß subjektive Behinderungen des Berechtigten nicht in Betracht kämen.[15] Dies im Interesse der Sicherheit des Verkehrs, welche einen Hauptzweck dieser Verjährung bildet. Das Gleiche wird bei manchen anderen kürzeren Verjährungen, insbesondere bei der Wechselverjährung anzunehmen sein.[16]

Auch die kürzeren Verjährungen müssen aber in den Fällen ruhen, in welchen dem Berechtigten in Folge der Versagung des rechtlichen Gehörs unmöglich war zu klagen.[17]

§. 171. Verjährung der Schadensansprüche.

Der römische Prätor unterwarf die von ihm aufgestellten Deliktsklagen einer kurzen Verjährung. Man fand die Verhängung einer Strafe nur dann zweckgemäß, wenn sie dem Vergehen auf dem Fuße folgte. Hieraus nahmen die Verfasser des Landrechts den Anlaß, eine kurze Verjährung von drei Jahren für die außerkontraktlichen Schadensklagen einzuführen.[1] Bestimmend war ihnen hauptsächlich die dem römischen Recht fremde Erwägung, daß die Ermittelung des Schadens nach längerer Zeit besondere Schwierigkeiten biete und daß daher die spätere Verhandlung über diesen Gegenstand möglichst abzuschneiden sei. Die Verjährung soll von dem Momente an laufen, in welchem der Beschädigte Kenntniß des Daseins des

---

14) Das Gesetz vom 31. März 1838 schwieg völlig über die Frage. Anders code civil Art. 2278.

15) Insbesondere hat Präj. des Obertribunals n. 1802 ausgesprochen, daß die kurzen Verjährungen des Gesetzes vom 31. März 1838 auch gegen Minderjährige und andere bevormundete Personen laufen. Die Berücksichtigung anderer persönlicher Hindernisse nach L. R. I, 9 §§. 531. 532 verwirft ferner die Entscheidung des Obertribunals Bd. 50 S. 100. Gegen das Obertribunal hat sich unter Anderen erklärt Koch Privatrecht I. §. 160: vom Standpunkte der positiven Gesetzgebung aus nicht ohne guten Grund.

16) Vgl. Art. 77—80 der deutschen Wechselordnung. Der Art. 149 des deutschen Handelsgesetzbuches bestimmt für die fünfjährige Verjährung zu Gunsten der Gesellschafter in diesem Sinne, daß dieselbe auch gegen Minderjährige und Personen mit den Rechten der Minderjährigen, und zwar mit Ausschließung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, laufen soll.

17) Oben §. 166 sub 4 Anm. 21.

1) L. R. I, 6 §§. 54. 55, vgl. über die Motive dieser Bestimmung Suarez in der Schlußrevision Kamptz Jahrbücher Bd. 41 S. 7.

Digitized by Google

Schadens und des Urhebers der Beschädigung erhielt. Sie gilt auch dann als mit Ablauf der dreijährigen Frist vollendet, wenn die schädlichen Folgen der rechtswidrigen Handlung später noch fortdauern oder sich in der Zukunft erneuern sollten, vorausgesetzt, daß sich dies voraussehen ließ.[2]

Die Praxis nahm vielfach aus dem historischen Anlaß des Gesetzes einen Grund, diese Verjährung auf eigentliche Deliktsansprüche einzuschränken. Dies rief aber die Deklaration vom 31. März 1838 hervor, welche diese Einschränkung verwarf und die dreijährige Verjährung auf alle außer einem Kontrakt entstandenen Beschädigungen bezog, sie mögen durch eine erlaubte oder unerlaubte Handlung entstanden sein.[3] Dagegen soll die ordentliche Verjährung eintreten, soweit sich der Beschädiger mit dem Schaden eines Andern einen Vortheil verschafft hat. Daher denn bei einer Expropriation die Vergütung für das in Anspruch genommene Eigenthum oder Nutzungsrecht der ordentlichen Verjährung anheimfällt, dagegen Entschädigungsansprüche wegen bei solcher Gelegenheit vorgekommener Beschädigungen der dreijährigen Verjährung unterliegen.[4]

Auch diese Deklaration legt die Praxis einschränkend aus.[5] Sie wendet dieselbe nur an, wo der Schadensersatz primärer Gegenstand der Verpflichtung ist, nicht wo ein bestimmtes Rechtsverhältniß schon besteht und sich nur aus der Verletzung desselben sekundär Schadensansprüche ergeben, z. B. im Falle der Störung eines Servitutberechtigten in der Ausübung seines Rechts durch Jemanden, der ihm nur in Folge seines dinglichen Rechts verhaftet ist, und den er mit der konfessorischen Klage auf das Interesse belangt.

§. 172. Verjährung der Einreden.

Der römischen Verjährung der Klage unterlagen Einrederechte nicht, so daß unbedingt der Grundsatz galt: quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua.[1]

Zweifelhafter ist die Frage im neueren Rechte. Auch bei uns ist freilich von einer Verjährung da keine Rede, wo eine gewisse Befugniß bloß im Wege der

---

2) Plenarbeschluß vom 20. März 1846, Entsch. Bd. 13 S. 19. Präjudiz 1717 vgl. Striethorst Bd. 92 S. 258. Das R. O. H. G. Bd. 16 S. 178 ist dem Plenarbeschluß beigetreten.

3) Vergleiche die Motive der Deklaration in Löwenbergs Beiträgen Bd. I. S. 139 ff.

4) Hiernach kann auch der Dieb hinsichtlich des Werthes der gestohlenen Sache die dreijährige Verjährung nicht ansprechen.

5) Plenarbeschluß vom 6. September 1852, Präj. n. 2395, Entsch. Bd. 23 S. 241. vgl. Entsch. Bd. 78 S. 147.

1) l. 5 §. 6. D. de doli except. 44, 4. Savigny V. S. 413 ff.

Digitized by Google

Einrede verwirklicht werden kann, z. B. die Berechtigung zur Vorschützung des Einwandes der Verjährung selbst. Denn die Möglichkeit der Geltendmachung desselben beginnt hier eben erst nach der Klagzustellung. Dagegen in den Fällen, in welchen der Berechtigte dasselbe Ziel im Wege der Klage wie der Einrede erreichen konnte, wird vielfach angenommen, daß das Recht erlischt, wenn er das ihm offenstehende Mittel der Klage die Verjährungszeit hindurch nicht wählt. So laufen z. B. dem Käufer bestimmte Fristen, innerhalb deren er den Kauf wegen Verletzung über die Hälfte anfechten kann;[2] hat er aber diese Fristen, ohne sich zu regen, ablaufen lassen, so kann er nach der Praxis der Klage auf Zahlung des Kaufpreises nicht mehr durch die einredeweise Berufung auf die laesio enormis begegnen, da diese Einrede dasselbe Ziel der Annullirung des Kaufes erstrebt, welches er im Wege der Klage hätte verfolgen können.[3] Als Regel jedoch wird auch in solchen Fällen die Unverjährbarkeit der Einrede festgehalten.[4]

Es ist aber unter Umständen Hauptzweck eines Verjährungsgesetzes,[5] daß gewisse Thatsachen nur frisch und neu zu rechtlicher Diskussion gezogen werden sollen, weil dieselben der Vermuthung nach später nicht mehr festzustellen sind, oder weil man die Betheiligten der Pflicht entheben will, wegen jenes Verhältnisses noch nach längerer Zeit Rede und Antwort zu geben und die sich hierzu erforderlichen Beweismittel zu erhalten. In solchen Fällen muß das Gesetz ebenso wie die Klage, die Einrede ausschließen. Von diesem Gesichtspunkte aus hat das deutsche Handelsgesetzbuch eine kurze Verjährung der Einrede, wie der Klage wegen der Ansprüche gegen den Spediteur und Frachtführer auf Grund des Verlustes, der Verminderung, der Beschädigung oder verspäteten Ablieferung des anvertrauten Gutes vorgeschrieben. Es bestimmt jedoch das Gesetz zur entsprechenden Ergänzung, daß diese Einreden schon durch eine einfache Anzeige an den Verpflichteten perpetuirt werden.[6]

---

2) L. R. I, 11 §. 68. Striethorst Bd. 34 S. 219.

3) Aber ein verschiedenes Ziel verfolgt schon die Klage auf Leistung und die Einrede der Kompensation, wonach sich L. R. I, 16 §. 377 erklärt. Vgl. Dernburg Kompensation 2. Aufl. S. 474 Anm. 2.

4) Aus allgemeinen Gründen ließe sich vom Standpunkte des neuern Rechts viel für die Ansicht sagen, daß in den besprochnen Fällen der verjährte Rechtsanspruch auch nicht durch eine Einrede zur Geltung gebracht werden könne, da wir eine Klagenverjährung im römischen Sinn nicht mehr haben. In einem der wichtigsten dieser Fälle bei den Ansprüchen wegen Mängel steht jedoch die Praxis und Litteratur des preußischen Rechts auf dem entgegengesetzten Standpunkt. Entsch. des O. Trib. Bd. 1 S. 129 ff. Striethorst Bd. 11 S. 48. Entsch. Bd. 62 S. 200. Koch Forderungen Bd. 2 S. 398. Förster Bd. 1. § 57. Vgl. unten Bd. 2 §. 145 Anm. 14.

5) Keller Pandekten §. 92. Dernburg Kompensation 2. Aufl. S. 475.

6) Handelsgesetzbuch Art. 386. 408.

Digitized by Google

II. Erwerbende Verjährung.[1]

§. 173. Gegenstand der erwerbenden Verjährung.

Während die römische Ersitzung nur den Erwerb von Eigenthum und dinglicher Rechte an körperlichen Sachen vermittelte,[2] erstreckt sich unsere erwerbende Verjährung auf Rechte jeder Art, an denen nach der modernen Auffassung Besitz möglich ist. Sie hat also zum Gegenstande auch Rechte, welche keinen Bezug auf körperliche Sachen haben. Beispielsweise wird man eine fremde Firma wie durch Veräußerung, so durch Ersitzung erwerben können.[3] Selbst persönliche Forderungsrechte können hiernach ersessen werden, insofern sie ein Anrecht auf fortdauernde Leistungen geben und daher des Besitzes fähig sind.[4]

Jedoch erstreckt sich die Ersitzung nur auf privatrechtliche Befugnisse, so daß ihr publicistische Rechte, z. B. das Marktrecht eines Fleckens, nicht unterliegen.

Außerdem sind gewisse Sachen und Rechtsverhältnisse der Ersitzung entzogen, entweder weil ein Erwerb derselben nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung nicht zulässig ist,[5] oder aus besonderen in der Natur des Ersitzungsrechts liegenden Gründen.

1. Berechtigungen, welche der Gemeinheitstheilung unterliegen, der Ablösung unterworfne Reallasten, ablösbare ausschließliche Gewerberechte, sowie die Befreiung von der Deichpflicht, sollen allmälig aussterben, so daß sie nicht mehr durch Verjährung begründet werden können.[6]

---

1) L. R. I, 9 §. 579 ff. Gruchot VII. S. 610 ff.

2) Zudem waren die Ersitzung des Eigenthums und die erwerbende Verjährung der Servitut den Römern wesentlich verschiedene Institute, da die erste Titel und bona fides des Erwerbers, die letztere einen Besitz nec vi, nec clam, nec precario zehn Jahre hindurch forderte. Daher auch noch im justinianischen Rechte l. 10 §. 1. D. de usurp. 41, 3 nicht unzutreffend ist.

3) Vgl. H. G. B. Art. 22. 23. — Miteigenthum ist begreiflich wie besitzbar, also auch ersitzbar. Vgl. Gruchot Bd. 8 S. 288. Kann das Erbrecht nach preußischem Rechte ersessen werden? Es hängt dies davon ab, ob man einen Besitz des Erbrechts annimmt, was im Sinne des Landrechts wohl zu bejahen wäre. Vgl. auch L. R. I, 9 §. 667. Auch die Ersitzung eines Faustpfandrechts, welche das römische Recht nicht kannte, ist nicht unmöglich. Ersitzung der Befreiung von Marktstandsgeldern durch eine Gemeinde für ihre Mitglieder erkennt an O. Trib. Bd. 81 S. 14.

4) Vgl. Plenarbeschluß vom 5. Februar 1849, Präj. n. 2092. Ein affirmatives Recht kann hiernach auch als Gegenleistung für ein entsprechendes Recht des Verpflichteten durch Aquisitivverjährung erworben werden.

5) L. R. I, 9 §. 664.

6) Vgl. Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 §. 164 und das ergänzende Gesetz vom 2. März 1850 Art. XII, das Gesetz vom 2. März 1850 über Ablösung der Reallasten §. 91 und dazu Entsch. des O. Trib. Bd. 69 S. 1 ff., preußische Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 §. 11 und deutsche G. O. vom 21. Juni 1869 §. 10, Gesetz über das Deichwesen vom 28. Januar 1848 §. 16. Abs. 2.

Digitized by Google

2. Oeffentliche Sachen sind, so lange sie diese Eigenschaft haben, an Private nicht übertragbar und um deswillen nicht ersitzbar. Jedoch ist der Erwerb, daher auch die Ersitzung solcher Rechte an diesen Sachen möglich, wenn sie mit deren öffentlichen Zwecken vereinbar sind, so beispielsweise von Nutzungsrechten an öffentlichen Plätzen oder Flüssen.[7] Der Ersitzung sind, obgleich sie an und für sich nicht öffentliche Sachen und veräußerlich sind, auch entzogen die Domänengüter des Staates, nicht aber einzelne Pertinenzen derselben. Doch begründet vierundvierzigjähriger Besitz die Vermuthung gehörigen Erwerbes.[8]

3. Ferner hemmt ein rechtsgültiges Veräußerungsverbot die Ersitzung, soweit dasselbe für Dritte Verbindungskraft hat.[9] [10]

4. Die Ersitzung kann Niemandem eine Befugniß verschaffen, zu deren Erwerb ihm die persönliche Fähigkeit fehlt; so kann der Angehörige einer fremden Konfession das Recht auf einen Kirchenstuhl nicht für sich ersitzen, da dasselbe nur einem Mitgliede der Parochie für seine Person zustehen kann.[11]

5. Das römische Recht entzog speciell der Ersitzung die res furtivae und vi possessae vom Moment der Entfremdung an bis zu dem Augenblicke, in welchem sie in die Gewalt ihres Eigenthümers zurückgekehrt waren.[12] Die Veranlassung dazu, solche Objekte mit dem Banne der Unersitzbarkeit zu belegen, suchen wir in Folgendem. Da das römische Ersitzungsrecht seiner Anlage nach die etwaige subjektive Behinderung des bisherigen Eigenthümers in Verfolgung seiner Rechte, insbesondere dessen Unmündigkeit,[13] sowie seine

---

Da die Ersitzung nicht nur dazu bestimmt ist, neues Recht zu begründen, sondern häufig dazu dient, einen gehörig vollzogenen Erwerb, dessen Beweis nur verloren ist, gegen Anfechtung zu sichern, so bewirkt freilich diese Ausschließung der Ersitzung, daß nicht selten die bestbegründeten Rechte, deren Anerkennung man sich zu sichern rechtzeitig versäumte, wegen Mangels des Beweises zu Grunde gehen.

7) L. R. I, 9 §. 581. Vgl. oben §. 67. An Kirchhöfen können Weggerechtigkeiten durch Verjährung nicht erworben werden, wohl aber Rechte auf Bestattung nach Entsch. des O. Trib. Bd. 66 S. 200.

8) L. R. II, 14 §. 35 ff. Siehe unten §. 179 Anm. 9. Koch Recht und Hypothekenwesen der preußischen Domainen S. 200 ff.

9) L. R. I, 9 §. 582, I, 4 §. 15 ff.

10) Die Litigiosität begründet bei uns kein Veräußerungsverbot, kann also der Ersitzung nicht entgegenstehen, mag nun der Erwerber den anhängigen Proceß kennen oder nicht. Andererseits versteht es sich, daß das gegen den Autor ergehende Judikat, auch gegen dessen Successor, trotz dessen Ersitzung vollstreckt werden kann. Vgl. oben §. 132 Anm. 4. Nicht richtig daher Entsch. des Obertribunals Bd. 13 S. 149, dagegen Windhorst in Ulrich's Archiv Bd. 13 S. 207.

11) Vgl. L. R. II, 11 §. 685. Entsch. des O. Trib. Bd. 60 S. 210. Striethorst Bd. 72 S. 17 ff.

12) Vgl. u. A. l. 4 §. 6. D. de usurp. 41, 3.

13) l. 7 §. 3. D. pro emtore 41, 4.

Digitized by Google

Unkenntniß des jetzigen Besitzers der Sache, nicht berücksichtigen konnte, so schuf es Ersatz durch die Annahme von objektiven Mängeln in solchen Fällen, in welchen dem Berechtigten die Rechtsverfolgung durchschnittlich besonders erschwert ist, wohin man namentlich den Fall diebischer Entfremdung und gewaltthätiger Entziehung rechnete.

Nachdem unser Ersitzungsrecht auch die subjektive Behinderung des Eigenthümers in der Rechtsverfolgung in weitestem Maße beachtet, sind jene objektiven Ersitzungsmängel entbehrlich geworden. Gleichwohl hat das Landrecht die römische Lehre der Furtivität nicht schlechthin zu beseitigen gewagt,[14] ihr aber einen neuen Gedanken unterschoben und sie hiernach wesentlich umgestaltet. Wer nämlich eine gestohlene oder mit Gewalt weggenommene Sache zwar in gutem Glauben, aber aus erster Hand[15] von dem Diebe[16] oder Gewaltthäter an sich gebracht hat, kann sie durch die gewöhnliche Ersitzung nicht erwerben, offenbar, weil man bei einem solchen Erwerbe eine Unvorsichtigkeit des Erwerbers schlechthin präsumirt.[17]

§. 174. Beginn der erwerbenden Verjährung.

Diejenigen Behinderungen des bisher Berechtigten in der Geltendmachung seiner Rechte, welche überhaupt dem Beginne der Verjährung entgegentreten, hemmen auch die Adquisitivverjährung.[1] Speciell aber ist für deren Beginn vorausgesetzt Erwerb des vollständigen Besitzes durch den Präskribenten in gutem Glauben und auf Grund eines Titels.

1. Der gute Glaube wird im Augenblicke des Besitzerwerbes erfordert. Daß er auch bereits im Momente des Abschlusses des Rechtsgeschäfts vorhanden war, welches den Titel bildet, ist nicht unumgänglich.[2] Er darf

---

14) Wie dies der code civ. Art. 2265 und das sächs. Civilgesetzbuch §. 266 gethan haben.

15) Wie aber, wenn ein gutgläubiger Bevollmächtigter eines Diebes uns die Sache übertragen hat? Das Ersitzungshinderniß dürfte dann nicht eintreten. Daß dasselbe jedenfalls im Falle des Erwerbs in gerichtlicher Subhastation ausgeschlossen sei, hat das Obertribunal Entsch. Bd. 46 S. 22 erkannt.

16) L. R. I, 9 §. 589. Es ist der Begriff des Diebstahls nach dem Strafgesetzbuch — keinesweges der römische — zu Grunde zu legen. Ueber die zulässige 40jährige Ersitzung siehe unten §. 178. Einen entschiedenen Gegensatz bildet Art. 307 des H. G. B., wonach, wer Papiere auf den Inhaber von einem Diebe, auch wenn dieser nicht Kaufmann ist, redlicherweise erwirbt, sofort Eigenthümer wird, also der Ersitzung nicht einmal bedarf.

17) Wer seinen Vorgänger nicht angeben kann, hat in der Regel die Vermuthung gegen sich, er habe von einem Diebe erworben. L. R. I, 9 §. 586.

1) Siehe oben §. 166 Anm. 2.

2) Die herrschende Ansicht bei den römischen Juristen ging dahin, daß wer auf Grund eines Kaufes — pro emtore — ersitze, zur Zeit des Kaufschlusses und der Tradition bona fide gewesen sein müsse. Dies konsequenterweise, denn der Titel, an

Digitized by Google

nicht auf Rechtsirrthum oder sonst unentschuldbarem Irrthum beruhen.[3] Ihn schafft nur die Ueberzeugung des Besitzers, zum Besitz berechtigt zu sein.[4] Der gute Glaube besteht also nicht, wie häufig behauptet wird, bloß negativ in der Nichtkenntniß der wirklichen Mängel;[5] unredlicher Besitzer ist vielmehr auch, wer zwar vom Eigenthumsrechte, welches dem A. zukommt, nichts weiß, sich aber aus dem Grunde nicht für berechtigt hält, weil er glaubt, die von ihm besessene Sache gehöre dem B.[6]

2. Den Titel, welcher weiter zur Ersitzung erfordert wird, bildet ein Ereigniß, welches an sich im Stande war Eigenthum zu begründen,[7] [8] dies

---

den man nicht selbst glaubte, hatte in diesem Augenblicke keine Bedeutung und konnte sie daher namentlich nach römischer Anschauung auch nicht später erlangen; die spätere bona fides z. B. eines Erben, dem die vom Erblasser wissentlich gekaufte Sache eines Dritten tradirt wurde, beruhte also auf keinem Titel. Man hätte freilich den Putativtitel — pro soluto — annehmen können, allein da die Zulassung eines Putativtitels ohnehin nur Ausnahme war, entschloß man sich hierzu nicht. So wenigstens Paulus l. 2. pr. §. 13. D. pro emtore 41, 4. l. 15 §. 3. l. 48. D. de usurp. 41, 3. Anderer Ansicht aber scheint Papinian gewesen zu sein l. 44 §§. 1. 2. D. de usurp. 41, 3. Desgleichen Sabinus, Cassius und Ulpian l. 10. pr. D. eod., wo freilich die Pandektenharmonistik ein et einzuschieben bemüht ist. Vgl. indessen l. 7 §§. 16. 17. D. de Publ. a. 6, 2, wo Ulpian entweder bloß für die Publiciana der strengeren Ansicht huldigt oder eine Interpolation vorliegt. — Für uns, die wir Putativtitel zulassen, ist die Auffassung Papinians sicherlich maßgebend. — Ganz anders Windscheid I. §. 177 Anm. 2, welcher, was Paulus für den Kauf bestimmt, im neueren Rechte sogar auf Tausch, Schenkung u. s. f. ausdehnen will!

3) Doch ist dies bestritten und es existiren sich widersprechende Präjudikate des Obertribunals. Richtig auch Koch Pr. R. I, §. 152. Cfr. l. 31. pr. D. de usurp. 41, 3. l. 2 §. 15. D. pro emt. 41, 4. L. R. I, 7 §. 12. oben §. 149 Anm. 10.

4) Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung 1820.

5) Für das gemeine Recht hat dies namentlich Stintzing das Wesen der bona fides 1852 S. 57 ff. auszuführen gesucht. Vgl. aber Windscheid I. §. 176 Anm. 3. Der Ansicht von Stintzing will sich für das preußische Recht anschließen Förster III. §. 177. Anm. 42. Dafür aber, daß der gute Glaube positiv zu nehmen ist, spricht der vulgäre Begriff der Redlichkeit, ferner die im vorigen Jahrhundert herrschende gemeine Ansicht, sowie die Aussprüche von Suarez bei Simon Bd. 3 S. 546. Es enthalten hiernach L. R. I, 9 §§. 618. 619 singuläre Bestimmungen. Nach der Fassung des code civ. Art. 550 könnte man für das französische Recht geneigt sein, die Stintzing'sche Theorie für richtig zu halten. Doch nehmen die französischen Schriftsteller die bona fides alle positiv.

6) Nach römischem Rechte forderte man im Falle einer Stellvertretung guten Glauben des Vertretenen, weshalb die Ersitzung auch erst beginnen konnte, nachdem derselbe vom Besitzerwerb Kenntniß erhalten hatte, da von positivem gutem Glauben erst jetzt die Rede sein kann. l. 47. D. de usurp. 41, 3. l. 49 §. 2. D. de a.v. o. p. 41, 2. Nach preußischem Rechte ist, wie oben ausgeführt wurde — §. 113 Anm. 8 — zwischen einer speciellen und allgemeinen Vollmacht zu unterscheiden. Nur im ersteren Falle ist der gute Glaube des Vertretenen nöthig und muß dieser also auch den Erwerb des Besitzes erfahren haben, damit die Ersitzung beginnen könne.

7) Ueber den Titel nach römischem Recht vgl. Fitting Archiv für civ. Praxis Bd. 51 und Bd. 52, sowie Bernhöft der Besitztitel 1875, insbesondre S. 43 ff.

8) Vgl. L. R. I, 9 §. 579. Der Plenarbeschluß des Obertribunals vom 15. Februar 1841 — Entsch. Bd. 6 S. 415 — hat sich dahin entschieden, daß unter

Digitized by Google

jedoch wegen der Unzulänglichkeit des Rechts des Autors nicht bewirkt hat, indem derselbe entweder Nichteigenthümer,[9] [10] oder doch nicht verfügungsfähig war.[11]

Nach unserm Rechte ist aber auch, worüber die römischen Juristen stritten und was schließlich Justinian nur ausnahmsweise zuließ,[12] der sogenannte Putativtitel anzuerkennen, nämlich der auf Thatsachen gestützte entschuldbare Glaube,[13] daß eine Sache uns rechtsgültigerweise erworben sei, ohne daß ein auf dieselbe bezüglicher Uebertragungsakt wirklich vorkam. Daher genügt der äußere Anschein eines Erwerbs, wenn er mindestens in dem Maße vorhanden war, daß man entschuldbarerweise an dessen Rechtsbeständigkeit glauben konnte. Ferner liegt ein Putativtitel vor, wenn wir eine Sache in dem Glauben, sie sei mitverkauft, in Besitz nahmen, obgleich sich auf sie das abgeschlossene Geschäft nicht bezog.[14] Auch ein Judikat

---

dem L. R. I, 9 §. 579 gedachten „an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickten Titel" ein solcher zu verstehen sei, welcher sowohl seinem materiellen Inhalte, als seiner Form nach zur Erwerbung des Eigenthums geeignet sei. Nach der Entwicklung, welche die preußische Jurisprudenz der Lehre vom Erwerb von Rechten an Immobilien auf Grund mündlichen Vertrags gegeben hat, vgl. oben §. 98 Anm. 16, kann jedoch dieser Plenarbeschluß mündliche Verträge über Immobilien nicht mehr treffen. Denn der Autor hat — z. B. im Fall der mündlichen Einräumung einer Servitut — nur eine persönliche Revokationsklage wegen des Mangels der Schrift, welcher keine Ersitzung sondern nur die erlöschende Verjährung entgegentritt. Nur wenn man den Fall setzt, daß der Autor des mündlichen Vertrages Nichteigenthümer war, kann die Ersitzung überhaupt in Frage kommen, hier aber wird sie eine zehnjährige sein, da der Titel des Erwerbers an sich ein zureichender war, und nur dem Mitkontrahenten ein Anfechtungsrecht gewährte. Vergleiche die auf demselben Standpunkt stehende Abhandlung von Hagen in Ulrichs Archiv Bd. 7 S. 1 ff. Die Ausführung unsrer ersten Auflage wird hiernach berichtigt.

9) pr. J. de usucap. 2, 6.

10) Bei Berechtigungen ist nicht ein vom Eigenthümer herrührender konstituirender Titel erforderlich, es genügt vielmehr jeder übertragende Titel, so wenn der Verkäufer eines Grundstücks seinem Abkäufer eine dazu gehörige Gerechtigkeit mitverkaufte, die in der That nicht bestand. Doch streitet man hierüber. Für unsere Ansicht u. A. Koch zum L. R. I, 9 §. 579, Göschel in Simons Zeitschrift Bd. 2 S. 287. Dagegen Sommer Ulrichs Archiv Bd. 2 S. 409, Korte bei Gruchot Bd. 2 S. 401 auf Grund eines Erkenntnisses des Obertribunals.

11) l. 2 §. 16. D. pro emt. 41, 4. l. 13 §. 1. D. de usurp. Daß die Römer hier keinen verus titulus annehmen, darüber siehe Fitting l. c. Bd. 51 S. 275 ff.

12) Fitting l. c. Bd. 52 S. 418. Vgl. pr. J. de usuc. 2, 6. l. 27. D. de usurp. 41, 3.

13) Gegen den sogenannten Putativtitel hat sich u. A. erklärt Bornemann Bd. 2 S. 179. Arndts in Ulrichs Archiv Bd. 3 S. 310 Anm. 8. Im Wesentlichen für denselben ist Koch zum L. R. I, 9 §. 579. Ferner Baron Abh. aus dem preußischen Rechte S. 122 ff., Gruchot Bd. 7 S. 616. Der in Anmerkung 8 citirte Plenarbeschluß bestimmt nur über die Requisite des wirklichen, nicht eines Putativtitels.

14) Anders im römischen Rechte l. 2 §. 7. D. pro emtore 41, 4. Cfr. l. 2. §. 6. l. c. Fitting Archiv für c. Pr. Bd. 51 S. 13 ff.

Digitized by Google

kann unter Umständen einen Putativtitel erzeugen, indem es den Glauben an den im Urtheil anerkannten Erwerb hervorruft; dagegen ist an und für sich das Judikat, von den Fällen der Adjudikation abgesehen, auch bei uns kein Titel.

Nach römischem Rechte konnte der Erbe, wenn er eine dem Erblasser nicht gehörige Sache in der Erbschaft vorfand, den Ersitzungsbesitz des Erblassers wohl fortsetzen, nicht aber einen neuen beginnen, da die Erbschaft den Erwerb von solchen Objekten nicht zu vermitteln geeignet ist, die dem Erblasser nicht gehörten. Bei uns hingegen soll der Erbe, wenn er in der Erbschaft eine vom Erblasser unredlicherweise besessene oder etwa bloß detinirte Sache vorfindet, dieselbe ersitzen, falls er sie redlicherweise als der Erbschaft zugehörig ansah.[15] Es ist dies eine Folge der Berücksichtigung des Putativtitels, während der römische Satz eine Konsequenz seiner regelmäßigen Nichtachtung des bloß vermeintlichen Titels war.

§. 175. Vollendung der Verjährung.

Die Verjährung des titulirten Besitzers vollendet sich bei uns innerhalb der Zeit von 10 Jahren,[1] und zwar gilt dies nicht nur, wie nach jüngstem römischen Rechte für Immobilien, sondern auch für Mobilien, deren Eigenthum bekanntlich nach römischem Rechte in drei Jahren ersessen wurde.[2] Die Abwesenheit des bisher Berechtigten bewirkt, wie bei der römischen longi temporis praescriptio, eine Verlängerung der Ersitzungszeit. Jedes Jahr nämlich, während dessen sich derjenige, gegen welchen verjährt werden soll, außerhalb des Appellationsgerichtsbezirks der belegenen Sache befindet, zählt nur für sechs Monate, wogegen eine kürzere als jährige Abwesenheit nicht

---

15) L. R. I, 9 §§. 614—617. Anwendungen finden sich L. R. I, 20 §§. 251 und 252. I, 21 §. 97. Die Natur dieses Titels als bloßen Putativtitels wird nicht immer gehörig erkannt, was zu manchen Mißverständnissen führen mußte. Gar kein Gewicht ist darauf zu legen, daß im §. 617 von Sachen die Rede ist, „die im Nachlasse vorgefunden wurden." Dennoch hat, auf diesen Ausdruck gestützt, ein Präjudiz des Obertribunals n. 817 unrichtigerweise angenommen, daß bloße Gerechtigkeiten nicht in solcher Weise vom Erben erworben werden könnten, dagegen hat das Präjudiz n. 2018 anerkannt, daß sich diese Ersitzung auch auf Grundstücke beziehe, welche der Erblasser durch mündlichen Vertrag oder sonst formlos erworben hatte. — Daß diese Putativersitzung auch eintreten solle, wenn der Erbe Kenntniß des Umstandes gehabt hatte, daß der Besitz des Erblassers ein unrechtfertiger gewesen sei, wie das Präjudiz n. 2359 bestimmt hatte, ist freilich schlechthin unhaltbar und ist denn auch Entsch. Bd. 25 S. 111 nicht festgehalten. Dagegen ist klar — Präjudiz des Obertribunals n. 1061 —, daß aus der Unredlichkeit des Erblassers an sich keine Vermuthung für die Unredlichkeit des Erben entspringt.

1) L. R. I, 9 §. 620. Die Erwerbung vollendet sich mit Anbruch des letzten Tages. L. R. I, 3 §. 46. Vgl. oben §. 70 Anm. 10.

2) l. un. C. de usucapione transformanda 7, 31.

Digitized by Google

berücksichtigt wird.[3] Die Abwesenheit bestimmt sich demnach nicht, wie im römischen Rechte, persönlich, also danach, ob die Parteien in derselben Provinz wohnten,[4] sondern sächlich, je nachdem sich der bisherige Eigenthümer im Bezirke seiner Sache aufhielt. Die verdoppelte Ersitzungszeit von 20 Jahren ist erforderlich gegenüber juristischen Personen mit Korporationsrechten.[5]

Wie ist die Fortdauer des Besitzes während der Ersitzungszeit zu beweisen? Das Landrecht hat die von gemeinrechtlichen Juristen aufgestellte Regel aufgenommen,[6] wonach der Besitz während eines Zeitraumes für erwiesen gilt, wenn derselbe für dessen Anfang und Ende vollständig nachgewiesen ist.[7] Für die Ersitzung von Rechten aber ist mindestens eine einmalige Ausübung in jedem Jahre darzuthun.[8] Rechte endlich, welche nicht mindestens einmal jährlich regelmäßig ausübbar sind, können überhaupt bei uns nicht durch die ordentliche, sondern nur durch die ungewöhnliche Verjährung ersessen werden.

Die Zusammenrechnung des Ersitzungsbesitzes des Vorgängers mit dem des Nachfolgers, welche sich im römischen Rechte allmählig ausgebildet hatte,[9] ist bei uns für Singular- und Universalsuccessoren anerkannt. Erforderlich ist stets, daß der Nachfolger selbst in Folge seines guten Glaubens Ersitzungsbesitz hat.[10] Natürlich muß auch der Besitz unmittelbar vom Vorgänger auf den Nachfolger übergegangen sein. Doch wird die Zeit der ruhenden Erbschaft den Erben wie nach römischem Rechte angerechnet.[11]

Der Erwerb durch Ersitzung erstreckt sich nur soweit, als der Besitz bestand. Eine Weggerechtigkeit z. B. wird nur in der thatsächlich benutzten Breite

---

3) Vgl. nov. 119 cap. 8.

4) l. 12. C. de praescript. longi temporis 7, 33.

5) L. R. I, 9 §. 624, — falls sie nicht noch mehr privilegirt sind; s. unten §. 178.

6) Olim et interea possessor, hodie possessor. Gemeinrechtliche Autoritäten für diesen Satz siehe bei Langen und Kori Abhandlungen I. S. 15 Anm. 1. Für denselben auch Puchta Pand. §. 161. Vgl. ferner code civ. Art. 2234.

7) L. R. I, 9 §§. 599. 600. Dies gilt auch dann, wenn der Zeitraum zwischen den beiden Besitzhandlungen länger ist, als die zur Vollendung der Verjährung gerade ausreichende Zeitfrist. So Präj. n. 2166, Entsch. Bd. 19 S. 140.

8) L. R. I, 9 §. 596 ff. Dies nimmt Kori l. c. S. 20 auch als gemeinrechtlichen Satz an.

9) §. 13. J. de usucap. 2, 6. Bangerow I, §. 322 Anm. 2 sub 2.

10) Nach römischem Rechte setzte der Erbe die Ersitzung fort, auch wenn er selbst nicht in gutem Glauben war. l. 43. pr. D. de usurp. 41, 3. Anders nach kanonischem Rechte.

11) L. R. I, 9 §. 616. Dies falls kein Anderer sich in der Zwischenzeit des Besitzes bemächtigt hat. l. 20. pr. D. de usurp. 41, 3. Die Ersitzung vollendete sich sogar vor dem Erbschaftsantritt. l. 31 §. 5. D. h. t. 41, 3.

Digitized by Google

ersessen, und nicht nach dem Maße, welches das Gesetz für vertragsmäßig bestellte Servituten im Zweifel festgestellt hat.[12]

§. 176. Unterbrechung der erwerbenden Verjährung.[1]

1. Die erwerbende Verjährung wird natürlich wie nach römischem Rechte unterbrochen durch Verlust des Besitzes Seitens des Ersitzenden. Dies gestaltet sich aber nach preußischem Rechte um deswillen in besonderer Weise, weil nach ihm der Besitz im Falle einer gewaltsamen, betrüglichen oder heimlichen Entsetzung noch nicht als verloren gilt.[2] Nicht in Betracht kommen bloße Störungen und Beunruhigungen des Besitzes. Daher unterbricht auch die Vornahme einer Pfändung gegen den Besitzer die Ersitzung nicht, wie das Landrecht die alte Streitfrage entschieden hat,[3] während freilich ein an die Pfändung sich etwa anschließender Proceß unterbrechend wirkt.[4 5]

2. Die nachträglich entstehende Ueberzeugung des Präskribenten von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes, nicht aber ein bloßer sich erhebender Zweifel,[6] bewirkt nach dem Vorbilde des kanonischen Rechts eine Unterbrechung der Ersitzung. Jene Ueberzeugung giebt sich insbesondere dadurch kund, daß der Besitzer das bessere Recht eines Dritten anerkennt.

---

12) L. R. I, 9 §. 666. Präj. des Obertribunals n. 2319. Entsch. Bd. 21 S. 374. Nach dem Grundsatze tantum praescriptum, quantum possessum. Der Umfang des Besitzes ist aber freilich nicht mechanisch nach den einzelnen Besitzhandlungen, welche vorkommen, zu bemessen, vielmehr nach der durch sie manifestirten Absicht aus ihrer Totalität heraus zu bestimmen. Es steht also nicht im Widerspruch, daß — wie der Plenarbeschluß des O. Trib. vom 31. Januar 1848, Entsch. Bd. 16 S. 18, Präj. n. 1982 zunächst für gemeines Recht erkannt hat — die von einer Gemeinde vollendete Verjährung einer Holzungs- und Waldstreugerechtsame, deren Nutzungen den einzelnen Gemeindegliedern zukommen, im Zweifel auch auf den Bedarf der erst nach Beginn oder auch Vollendung der Verjährung hinzutretenden Mitglieder sich erstreckt. Entsch. des O. Trib. Bd. 76 S. 85 ff.

1) L. R. I, 9 §. 601 ff.

2) L. R. I, 7 §. 96 ff., oben §. 148 Anm. 11. Etwas Aehnliches fand sich im römischen Rechte hinsichtlich der Ersitzung flüchtiger Sklaven l. 15 §. 1. D. de usurp. 41, 3. Innere Gründe sprechen freilich entschieden dafür — ähnlich wie L. R. I, 9. §. 602 —, den Besitz nur dann als in der Zwischenzeit fortgesetzt anzusehen, wenn der Ersitzende die Sache vom injustus possessor zurückerhält.

3) Für die Unterbrechung der Ersitzung waren die sächsischen Konstitutionen p. II, const. 7, vgl. auch Berger oec. iur. II, 2. th. 26, wenn der Pfändende das Pfand an die Gerichte des Ortes der Pfändung ablieferte.

4) L. R. I, 9 §. 612. Vgl. Präj. des O. Trib. n. 1798.

5) Die Vereinigung des dienenden und herrschenden Grundstücks in einer Hand unterbricht die Ersitzung einer Grundgerechtigkeit, da deren besondrer Besitz nicht mehr existirte. Entsch. Bd. 75 S. 52. Der Rechtsnachfolger im herrschenden Grundstück muß eine neue Verjährung beginnen.

6) L. R. I, 9 §. 611, vgl. I, 9 §. 579 nach cap. ult. X. de praescr. 2. 26. Ueber Zweifel siehe oben §. 149 Anm. 9.

Digitized by Google

3. Nach römischem Rechte störten gerichtliche Schritte des bisherigen Eigenthümers die Ersitzung nicht direkt, da sie ohne alle Rücksicht auf das Verhalten des Eigenthümers sich durch den fortgesetzten Besitz vollendete.[7] Wohl aber war der Verklagte im Falle des Processes dem Kläger verpflichtet, die Sache nach Maßgabe des Rechtszustandes zur Zeit der Litiskontestation herauszugeben, ohne daß ihm die Vollendung der Ersitzung während des anhängigen Processes hierbei zu Gute kam. Abweichend ist der Gedankengang des preußischen Rechts.[8] Nach dessen Annahme gilt nämlich der Besitzer von dem Augenblicke der Klagmittheilung, oder der Mittheilung einer gerichtlichen Protestation[9] als unredlicher Besitzer,[10] so daß er hiernach nicht mehr ersitzen kann. Die bloße Klageanmeldung oder gerichtliche Protestation hat, wenn deren Mittheilung an den Besitzer unterbleibt, allerdings diese Wirkung noch nicht. Dennoch soll die Ersitzung durch jene Schritte wegen der vom Protestirenden bewiesenen Diligenz dann unterbrochen sein, wenn sie hinterher dem Besitzer bekannt gemacht wurden, so zwar, daß für diesen Fall die Ersitzung in dem zwischen dem Zeitpunkte der Anmeldung oder Protestation und der erfolgten Bekanntmachung liegenden Zeit nicht vollendet werden kann.[11]

Der Besitzverlust unterbricht die Ersitzung nicht nur gegenüber demjenigen, der sich in den Besitz gesetzt hat, sondern absolut gegen Jeden.[12] Auch verliert, wer die Ueberzeugung von dem Rechte eines Andern zu gewinnen glaubt, obgleich nicht dieser, sondern ein Dritter der Berechtigte ist, diejenige Redlichkeit, die zur Ersitzung gefordert ist.[13] Dagegen wird man annehmen dürfen, daß die unbegründete Klage eines Nichtberechtigten dem wirklich Berechtigten nicht zu Statten kommt, da die Fiktion der Unredlichkeit in Folge der Mittheilung der Klage nur zu Gunsten des Klägers gelten kann.

---

7) So wenigstens bei der römischen usucapio l. 18. l. 21. D. de R. V. 6, 1. l. 2 §. 21. D. pro emtore 41, 4. Die longi temporis praescriptio, ursprünglich Klagenverjährung, scheint freilich unter anderen Grundsätzen gestanden zu haben l. 1. C. de longi temp. praescript. 7, 33. Windscheid I, §. 180 Anm. 7.

8) L. R. I, 9 §. 603 ff. Vgl. oben §. 130 Anm. 14, siehe auch R. C. P. O. §. 239, welche die Wirkung einer gerichtlichen Protestation nicht berührt.

9) Gehörige Edittalcitationen vertreten die Stelle der Bekanntmachung. L. R. I, 9 §. 608.

10) Es soll keinen Unterschied machen, ob die Klage oder Protestation bloß gegen den Besitzstand oder auch gegen das Besitzrecht selbst gerichtet ist. L. R. I, 9 §. 609. Es wird hierdurch eine gemeinrechtliche Streitfrage entschieden. Siehe Unterholzner Verjährung I, S. 445.

11) L. R. I, 9 §. 604.

12) l. 5. D. de usurp. et usuc. 41, 3.

13) Siehe oben §. 174 Anm. 6.

Digitized by Google

Ist die Unterbrechung einmal geschehen, so kann später nur noch eine neue Ersitzung eintreten, ohne daß die Zeit, welche bis zur Unterbrechung verflossen ist, bei ihr in Anschlag kommt. Diese neue Ersitzung beginnt im Falle eines Besitzverlustes mit dem Wiedererwerb des Besitzes, im Falle einer mala fides superveniens mit dem Eintritt von Ereignissen, welche dem Besitzer wieder die Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit seines Besitzes verschafften. Ist aber die Unterbrechung durch die Mittheilung einer Klage erfolgt, so genügt zum Wiederbeginn der Ersitzung nicht deren Zurücknahme und nicht einmal deren Abweisung.[14] [15]

§. 177. Die dreißigjährige erwerbende Verjährung.[1]

Nach einer Verordnung Justinians sollte derjenige, welcher dem Eigenthümer gegenüber eine dreißig- oder vierzigjährige Klagenverjährung vollendet hatte, falls er seiner Zeit bona fide in den Besitz gekommen war, auch das Eigenthum der besessenen Sache erlangen. Die Klagenverjährung war folglich hier das Primäre, an welche sich der Eigenthumserwerb durch die sogenannte außerordentliche Ersitzung sekundär anschloß. Daher waren auch für letztere die Erforderniße der Klagenverjährung, nicht die der Ersitzung maßgebend. Diese nur auf der historischen Veranlassung des Instituts beruhende Eigenthümlichkeit[2] ist bei unserer, jener Ersitzung nachgebildeten dreißigjährigen Adquisitivverjährung weggefallen;[3] dieselbe steht vielmehr schlecht-

---

14) Nur wenn der Kläger vor der Bekanntmachung an den Verklagten die Klaganmeldung zurückgenommen hat, oder wenn die Protestation, ohne daß solche dem Verklagten mitgetheilt wurde, durch Dekret abgewiesen wurde und sich der Protestirende dreißig Tage lang nach Erhaltung des Dekrets dabei beruhigt hat, ist die Klaganmeldung oder Protestation wirkungslos. Dies ist offenbar der Sinn von L. R. I, 9 §§. 605. 606. Denn es folgt §. 607: ist hingegen die Klage oder Protestation dem Besitzer einmal gehörig bekannt gemacht worden, so kann dieser die dadurch unterbrochene Verjährung niemals wieder anfangen. Dennoch legt ein Erkenntniß des Obertribunals, Entsch. Bd. 42 S. 68 den §. 607 so aus: „abgesehen von den Fällen des §. 605 und §. 606“ kann nach der Bekanntmachung die Verjährung nicht mehr anfangen! — Die Wirkung der Unterbrechung hört namentlich auch dann nicht auf, wenn eine possessorische Klage angestellt war und zurückgewiesen wurde, falls nur der Kläger in dem darauf folgenden Petitorium siegt. L. R. I, 9 §. 609. Vgl. Koch Pr. R. I, §. 154.

15) Ueber R. C. P. O. §. 243 Abs. 3 vgl. oben §. 131 Anm. 10.

1) l. 8 §. 1. C. de praescript. XXX. ann. 7, 39, Bangerow I, §. 325 Anm.

2) Allerdings nimmt Unterholzner I, §§. 177. 178 an, durch l. un C. de usuc. transf. sei auch die außerordentliche Ersitzung unter die Bestimmungen der Usukapion gestellt worden. Aehnlich Brinz Pandekten I, §. 154 S. 597. Wie oft, sollte auch hier das sachlich Rationelle durch künstliche Interpretation der Quellen in das gemeine Recht eingeführt werden, jedoch fand der Versuch keinen Beifall bei der Mehrzahl der Schriftsteller.

3) L. R. I, 9 §§. 625—629.

Digitized by Google

hin, insbesondere auch hinsichtlich der Zeitberechnung, unter den allgemeinen Grundsätzen der erwerbenden Verjährung. Weiter aber war die außerordentliche Ersitzung des justinianischen Rechts nur dem Erwerbe des Eigenthums bestimmt, bei uns hat die dreißigjährige erwerbende Verjährung auch diese Schranke überschritten, und dient, wohin schon das gemeine Recht neigte, zur Ergänzung jeder Art von Ersitzung, also auch von Servituten und Rechten anderer Art.

Erforderlich ist für die dreißigjährige Ersitzung,[4] daß der Präskribent die Ersitzungszeit hindurch im juristischen Besitze der Sache oder des Rechts war. Wer also in fremdem Namen oder als Zeitpächter eine Sache inne hat, kann auch innerhalb dieser längern Frist nicht ersitzen, um so weniger, als er seine Besitzeslage nicht durch seine bloße Willensentschlüsse ändern kann.

Nicht nothwendig ist für die dreißigjährige Ersitzung, daß der Besitz auf Grund eines Titels erlangt worden sei.[5] Wohl aber ist Redlichkeit erforderlich, und zwar nicht bloß, wie nach justinianischem Rechte, im Augenblicke der Besitzerwerbs, sondern, wie nach kanonischem Rechte, während der ganzen Verjährungszeit. Man streitet darüber, ob auch demjenigen, welcher auf Grund eines Rechtsirrthums sich für berechtigt hielt, dem sogenannten unrechtfertigen Besitzer, die dreißigjährige Ersitzung zu Gute komme. Die Bejahung hat den Zweck des Gesetzes für sich, welcher auf Befestigung langjähriger Zustände gerichtet ist, eine Wohlthat, welche man nur dem wirklich unredlichen Besitzer versagen muß, jedenfalls neigt sich zu dieser Ansicht die Praxis.[6]

Nach römischem Rechte erstreckt sich die außerordentliche Ersitzung auch auf die der ordentlichen Ersitzung entzogenen Objekte, falls dieselben nur überhaupt des Eigenthumserwerbs fähig waren. Dies um deswillen, weil die außerordentliche Ersitzung unter den Vorschriften der Klagenverjährung

---

4) Bei dieser Verjährung bedarf es keiner Verdoppelung der Zeit, wenn gleich der, dem sie entgegensteht, abwesend gewesen ist. L. R. I, 9 §. 626.

5) L. R. I, 9 §§. 625. 628.

6) Schon nach römischem Rechte ist dies gerechtfertigt. Nach seinen allgemeinen Grundsätzen wird der Rechtsirrthum allerdings im Rechte nicht beachtet und müßte der, welcher solchergestalt irrte, als malae fidei possessor gelten. Dennoch fragt es sich, ob nicht Justinian, welcher den qui mala fide possessionem adeptus est, „indignus“ eo praesidio, erklärte l. 8 §. 1. C. de praescript. XXX. ann. 7, 39, hierbei an den Nachweis wirklichen Dolus dachte. So Savigny III, S. 371 not. b. Dagegen Bangerow l. c. I, §. 325 Anm. sub 2, Windscheid I, §. 183 Anm. 2. Daß der unrechtfertige Besitzer dem unredlichen bei uns in Bezug auf die dreißigjährige Verjährung nicht gleichgeachtet werde, hat erkannt Obertrib. Präj. n. 2073, Entsch. Bd. 16 S. 524, ferner Entsch. Bd. 77 S. 8. So Koch L. R. zu I, 9 §. 628. Anderer Ansicht Arndts in Ulrichs Archiv Bd. 8 S. 217.

Digitized by Google

stand. Bei uns bezieht sich hingegen die dreißigjährige Ersitzung auf solche Objekte nicht, die der zehnjährigen Ersitzung entzogen sind. [7]

IV. Die ungewöhnliche Verjährung. Das Normaljahr.

§. 178. Fälle der ungewöhnlichen Verjährung. [1]

Unter ungewöhnlicher Verjährung versteht das Landrecht jede Verjährung, deren Lauf aus besonderen Gründen mehr als dreißig Jahre verlangt. Sie kann sowohl erlöschend als erwerbend sein. Die erwerbende ungewöhnliche Verjährung fordert zwar Redlichkeit des Besitzers, aber keinen Titel. Die einzelnen Fälle, welche übrigens unter sich nichts innerlich Gemeinsames haben, sind folgende:

1. Die Verjährung gegen den Fiskus und die Kirche. Das justinianische Recht hatte die Verjährungszeit gegen Kirchen auf vierzig Jahre festgestellt, [2] das gemeine Recht die Verjährung gegen den Fiskus auf vierzig Jahre erstreckt. [3] Durch Zuschlag der Restitutionsfrist machte das Landrecht die Verjährungszeit gegen Kirche und Fiskus zur vierundvierzigjährigen. Dagegen findet eine Restitution wegen deren persönlicher privilegirter Stellung nicht außerdem gegen die Vollendung der Verjährung statt.

Dieses Verjährungsprivilegium steht Fiskus und Kirche auch hinsichtlich der ihnen abgetretenen Rechte zu, natürlich nur falls sie nicht einen bereits verjährten Anspruch erwarben. Ihre Rechtsnachfolger dagegen haben das Privileg nur, insoweit der Fiskus und die Kirche bei der längern Frist ein Interesse haben. Bei untheilbaren oder gemeinschaftlichen Sachen und Rechten kommt dieses Verjährungsprivileg auch den Mitbesitzern zu Gute. Es wirkt, worüber man gemeinrechtlich stritt, auch gegen Personen mit gleichen Privilegien. [4]

Das Verjährungsprivilegium des Fiskus und der Kirchen haben auch solche Korporationen, welchen überhaupt die fiskalischen und kirchlichen Pri-

---

7) Art. 209 der Peinlichen Gerichtsordnung Karls des Fünften, der freilich Gegenstand einer hartnäckigen Kontroverse wurde, hatte in ähnlicher Weise gestohlene oder geraubte Habe jeder, also auch der dreißigjährigen Verjährung entzogen.

1) L. R. I, 9 §. 629 ff.

2) Nämlich zunächst für die Klagenverjährung nov. 111. nov. 131. cap. 6. Das Gleiche gilt aber auch für die Ersitzung kirchlicher Immobilien, da bei diesen eine ordentliche Ersitzung nicht stattfand, nov. 111. cap. 1, so daß es der Zeit der Klagenverjährung bedurfte.

3) Das römische Recht verlangte eine vierzigjährige Klagenverjährung nur bei den fundi patrimoniales l. ult. C. de fundo patr. 11, 61. Vgl. über die Ausdehnung Hefftter Jahrb. des gem. Rechts VI. n. 1. Der ordentlichen Ersitzung waren hingegen die Sachen des Fiskus schon nach römischem Recht schlechthin entzogen, so daß nur die außerordentliche Ersitzung von dreißig oder vierzig Jahren Platz griff.

4) Vgl. L. R. I, 9 §. 635 ff.

Digitized by Google

vilegien verliehen sind. Es gehören hierher Armen- und Schulanstalten,[5] nicht aber an sich Städte, wie unsere Praxis die aus dem gemeinen Rechte überkommene Kontroverse[6] entschieden hat.[7]

Die vierundvierzigjährige Verjährung steht an Stelle der dreißigjährigen. In den Fällen, in welchen kürzere Verjährungen eingreifen, kommt sie nicht zur Anwendung.[8]

2. Zur erwerbenden Verjährung von gestohlenen und geraubten Sachen für deren gutgläubigen ersten Erwerber, welchem die gewöhnliche Ersitzung versagt ist, sollen vierzig Jahre erfordert sein.[9]

3. In der ältern gemeinrechtlichen Theorie war sehr bestritten die Frage der Ersitzung von Gerechtigkeiten, welche unständig nur bei besonderen Gelegenheiten ausgeübt werden können, z. B. des Rechts auf Reparatur eines Gebäudes oder auf Wegebesserung oder auf Abgaben bei Besitzveränderungen. Eine verbreitete Ansicht hielt die ordentliche und selbst die dreißigjährige Verjährung bei solchen Rechten für unzulässig und forderte den Nachweis der unvordenklichen Zeit.[10]

Das Landrecht schließt, einen Mittelweg einschlagend, für den Erwerb solcher Rechte, die nur in gewissen Jahren oder bei gewissen Gelegenheiten benutzt werden können, die gewöhnliche Verjährung aus und verlangt den Ablauf von vierzig Jahren.[11] Außerdem muß das Recht in dieser Zeit mindestens

---

5) L. R. II, 19 §. 43.

6) Justinian hatte in der l. 23 pr. C. de sacros. eccles. 1, 2 die Klagen der Kirchen und Städte durch eine 100jährige Verjährung privilegirt, in der nov. 111 aber diese 100jährige Verjährung wieder aufgehoben und die Klagen der Kirchen der 40jährigen Verjährung unterworfen, während sonst die 30jährige Verjährung eintreten soll. Obgleich hiernach offenbar für die Klagen der Städte fortan die 30jährige Verjährung maßgebend sein soll, vgl. Pfeiffer Archiv für civ. Praxis XXVIII, n. 6, Bangerow I. §. 148 Anm. 2 sub 5, so war die Sache doch Jahrhunderte lang kontrovers. Für eine bloß 30jährige Verjährung sprachen sich aber unter Anderm aus die in der Praxis so einflußreichen sächsischen Constitutionen.

7) Präj. des O. Trib. n. 1412, und sonst öfter, besonders Entsch. Bd. 18 S. 182. Vgl. übrigens Fitting bei Gruchot Bd. 10 S. 330 ff.

8) L. R. I, 14 §. 177. Entsch. des O. Trib. Bd. 6 S. 244 ff.

9) L. R. I, 9 §§. 648. 584—586. Vgl. oben §. 173 Anm. 15.

10) Eine Hauptstütze dieser Ansicht bildete die Aeußerung von Pomponius l. 3 §. 4. D. de aqua quot. 43, 20 ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, jure loco constituti habetur. Diese Aeußerung enthält aber älteres römisches Recht. Die ordentliche Servitutenersitzung erhielt erst nach der Zeit von Pomponius in Folge von Entscheidungen von Ulpian l. 10 pr. D. si serv. 8, 5. l. 1. §. ult. D. de aqua 39, 3 u. s. f. allgemeine Anerkennung und zwar so, daß sie für Servituten jeder Art gilt, da die servit. discontinuae nirgends besonders von ihr ausgenommen werden. Vgl. übrigens über die ältere Doktrin Glück Bd. 9 S. 148 Citirte. — Savigny Bd. 4 S. 493 ff. will die l. 3 §. 4 D. cit. auf den Fall einer Berechtigung an einem aquaeductus publicus beziehen, welche durch gewöhnliche Ersitzung nicht erworben werden könne, eine Beziehung, die willkürlich ist.

11) L. R. I, 9 §. 649. Der Fall, daß der Verpflichtete das Recht hat, die Ausübung zeitweilig zu hindern, z. B. einen mit einer Fischereigerechtigkeit belasteten Teich vorübergehend auszutrocknen, steht nicht gleich Entsch. des O. Trib. Bd. 72 S. 40.

Digitized by Google

dreimal ausgeübt worden sein, und zwar so, daß der erste und der letzte Fall wenigstens vierzig Jahre auseinander liegen.[12] [13] Auf die erlöschende Verjährung solcher Rechte sind diese Bestimmungen nicht anzuwenden; dieselbe vollzieht sich vielmehr in dreißig Jahren, fordert aber gleichfalls, daß drei Gelegenheiten verpaßt wurden.[14]

§. 179. Ersatz der Immemorialpräskription.

Es finden sich endlich besondere Verjährungen an Stelle der gemeinrechtlichen Immemorialpräskription.

Die unvordenkliche Verjährung, dem römischen Rechte nur bei einzelnen ins öffentliche Recht einschlagenden Verhältnissen bekannt,[1] hatte im gemeinen Rechte die allgemeinste Anwendung erhalten, indem sie hier alle der rechtlichen Fixirung empfänglichen Zustände gewährleistete, welche über Menschengedenken hinaus gedauert hatten.[2] Man stellte nämlich die Vermuthung auf, daß, was unvordenkliche Zeit bestand, ohne daß man von einem ungehörigen Anfange weiß, dereinst in gehöriger Weise ins Leben gerufen worden sei.[3] Daher ersetzte sie nicht nur den fehlenden Beweis eines den thatsächlichen Zustand gehörig begründenden Geschäfts, sondern machte auch den Einklang dieses Zustandes mit der allgemeinen Rechtsnorm entbehrlich, so daß das Unvordenkliche selbst im Falle eines Verstoßes gegen Verbotsgesetze geschützt wurde.[4] In der unvordenklichen Verjährung fanden namentlich auch historisch überkommene öffentlich rechtliche Verhältnisse, welche späteren Rechtsordnungen gegenüber normal geworden waren, ihren Schutz. Da aber die unvordenkliche Verjährung nur die Vermuthung gehöriger Bestellung des Rechts begründete, so konnte sie durch den Beweis einer ungehörigen Entstehung stets entkräftet werden.[5]

---

12) Präjudiz des Obertribunals n. 289. n. 2166. Eine Unterbrechung der Verjährung wird angenommen, wenn der Besitzer eine Gelegenheit der Ausübung des Rechts nachweisbar vorbeigehen ließ. L. R. I, 9 §. 651, aber auch 653 und 654.

13) Aehnlich Schriftsteller des sächsischen Rechts und eine — die fünfte — sächsische Konstitution von 1746. Kori Abh. I, S. 22.

14) L. R. I, 9 §. 544. Vgl. Präj. des O. Trib. n. 2247. Die Verjährung einer Freikurberechtigung beginnt hiernach von dem Tage, mit welchem Ausbeute gewonnen wurde.

1) Savigny Bd. 4 S. 485 ff.

2) Auch schon im kanonischen Rechte. Vgl. über die Ausdehnung u. A. Pfeiffer Praktische Ausführungen II, S. 106 ff., VII, S. 248 ff.

3) Diese Fiktion trat an die Stelle der älteren deutschen Auffassung, wonach thatsächliche Zustände durch ihr langes Bestehen — insbesondere seit zwei Generationen — ohne weiteres zum Rechte wurden. Vgl. Beseler P. R. §. 52, Gerber P. R. §. 66.

4) Cfr. u. A. Leyser med. vol. VII. spec. 461. Rave de praescr. §. 188. Pufendorf I, obs. 151 §. 19. Hellfeld jurispr. for. §. 1775. Richtig unterscheidet Hagemann Praktische Erört. Bd. 6 n. 42.

5) Hierüber vgl. Savigny IV, S. 534.

Digitized by Google

Indem das Landrecht diesem Institute die Anerkennung weigerte,[6] glaubte es doch für einzelne Fälle in zeitlich bestimmten Verjährungsfristen einen Ersatz schaffen zu müssen.[7] Insbesondere soll die Vermuthung für das Adelsrecht desjenigen streiten, dessen Vorfahren und der sich selbst des Adelstitels vierundvierzig Jahre lang bediente.[8] Wer ferner ein Domainengut vierundvierzig Jahre besitzt, hat die Vermuthung für sich, daß er es aus einem rechtsgültigen Titel erhielt.[9] Ist endlich Jemand zur Entrichtung einer öffentlichen Last oder Abgabe aufgefordert worden, und nachdem er sich derselben geweigert hatte, fünfzig Jahre von derselben frei geblieben, oder ist ein Grundstück oder eine Gerechtigkeit, von welcher eine öffentliche Abgabe entrichtet werden soll, niemals ins Steuerbuch eingetragen und die Abgabe in fünfzig Jahren nicht gefordert worden, so begründet dies eine Vermuthung der Befreiung.[10] [11] Der Gegenbeweis, daß der Zustand in unrechtlicher Weise begründet wurde, ist in allen diesen Fällen möglich.

Das Landrecht verfügt außerdem, daß, wenn die Grenzen einer Sache oder eines Rechts durch Gesetze, Verträge oder rechtskräftige Erkenntnisse klar bestimmt seien, die Befugniß, die Grenzen zu überschreiten, nur durch fünfzigjährige Präskription erworben werden könne.[12] Dies aber fällt aus

---

6) Den Tendenzen der Aufklärungsepoche entsprechend. Aus den Materialien vgl. namentlich Simon S. 446, „sonst entsteht eine höchst schädliche praescriptio contra legem prohibitivam", ferner das Promemoria S. 598. Auch das österr. Gesetzbuch kennt die unvordenkliche Verjährungsfrist nicht. Unger II, §. 104 Anm. 22.

7) Die Zeit, welche zur Annahme der unvordenklichen Verjährung nachgewiesen werden mußte, war gemeinrechtlich nicht unbestritten. Meist verlangte man eine Zeit über 40 Jahre nach cap. 1 de praescr. in 6to 2, 13. Hieraus ergab sich partikularrechtlich die 50jährige Zeit, welche z. B. vorkommt in der Resolution von 1715. C. C. M. VI, 2 p. 160. Ferner C. C. M. II, 5 p. 93 u. a. a. O.

8) L. R. II, 9 §. 19.

9) L. R. II, 14 §. 39.

10) L. R. I, 9 §§. 656—659. Es gehören hierher Chaussee- und Brückengelder — Gruchot Bd. 15 S. 71 ff., ferner Bergwerkssteuern Entscheid. des O. Trib. Bd. 17 S. 381.

11) Das O. Trib. hat durch Plenarbeschluß vom 20. März 1846, Präj. n. 1716, Entsch. Bd. 13 S. 42 wohl ohne zulängliche juristische Gründe angenommen: die 50jährige Präskription öffentlicher Lasten und Abgaben habe nur Beziehung auf solche, welche an den Staat entrichtet werden müssen, nicht aber auf Gemeindelasten, es steht hiernach hier die gewöhnliche Verjährung offen Entsch. Bd. 67 S. 157. — Ferner wurde entschieden, jene Verjährung fände auf Fährgelder keine Anwendung, welche zufolge einer vom Fiskus ererbpachteten Fährgerechtigkeit einer Privatperson zustehen. Gruchot Bd. 8 S. 275.

12) L. R. I, 9 §. 660 ff. Unter den Grenzen des Rechts versteht man dessen Umfang und, was sich weiter ergiebt, auch die Art seiner Ausübung. Ein Beispiel bilden die durch Separationsrecesse festgesetzten Abfindungen. Entsch. Bd. 74 S. 226. Die Festsetzung muß aber zweifelfrei sein. Entsch. Bd. 70 S. 23. — Es bezieht sich aber die Bestimmung nur auf den, welcher die Beschränkungen der Grenzen des Rechts kennt; wer sie nicht kennt, insbesondere der bona fide Successor, kann die gewöhnliche Ersitzung in Anspruch nehmen. So Sommer in Ulrichs Archiv Bd. 7 S. 511 ff.

Digitized by Google

dem Gedanken der unvordenklichen Verjährung heraus, da nicht der Gegenbeweis des unrechtmäßigen Anfangs, sondern nur der einer wirklichen Unredlichkeit des Besitzers hier zugelassen wird. [13]

Gegen ausdrückliche Verbotsgesetze sollen auch diese Verjährungsbestimmungen nicht schützen. [14]

§. 180. Das Normaljahr.

Mehrfache Erklärungen Friedrichs des Großen, wonach gegen fiskalische Ansprüche gesichert sein solle, wer zur Zeit seines Regierungsantritts im wirklichen Besitze von Rechten, insbesondere von Regalien, non vi, non clam, non precario gewesen war,[1] führten dazu, dem Jahre 1740, als dem ersten Regierungsjahre jenes Königs, den Charakter eines sogenannten Normaljahrs zu verleihen.

Hiernach bestimmt auch das Landrecht, daß der vollständige ruhige Besitz einer Sache oder eines Rechts im Jahre 1740 den Besitzer in allen Fällen gegen die Ansprüche des Fiskus schütze.[2] Dieser Besitz muß nicht gerade von Anfang jenes Jahres an bestanden haben, da nur der Besitz im Jahre 1740 gefordert wird, indessen darf er begreiflich nicht vor dessen Ablauf wieder verloren gegangen sein. Daß gerade Besitzeshandlungen aus dem kritischen Jahre selbst dargethan werden, ist richtiger Ansicht nach nicht unbedingt nothwendig, vielmehr reichen auch früher vorgefallene Handlungen hin, wenn aus ihnen nach allgemeinen Erfahrungssätzen das Bestehen des Besitzes im Normaljahre zu schließen ist.[3] Es ist namentlich der Besitz im Entscheidungsjahre als vorhanden anzunehmen, wenn derselbe nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden konnte und bei der letzten Gelegenheit vorher ausgeübt worden ist. Der Besitz muß ein juristischer gewesen sien: der Nachweis der heimlichen, der gewaltthätigen, der prekaristischen Besitzergreifung nimmt

---

das Gegentheil hat indessen das O. Trib. Entsch. Bd. 58 S. 140, Striethorst Bd. 95 S. 124 angenommen. — Ueber Andres Striethorst Bd. 50 S. 175. Widerspruch der Gegner und beruhigt er sich 30 Jahre bei der Ueberschreitung, so verjährt sein Recht.

13) Da also nicht eine bloße Vermuthung, sondern in der That eine erwerbende Verjährung hier vorliegt, so war es konsequent, daß das O. Trib. erkannte Präj. n. 894, daß die Vorschrift des §. 164 der Gemeinheitstheilungsordnung (siehe oben §. 173 Anm. 6), wonach die derselben unterworfenen Rechte durch Verjährung nicht mehr begründet werden können, sich auch auf diese fünfzigjährige Verjährung beziehe.

14) L. R. I, 9 §. 664.

1) Ueber das Geschichtliche siehe namentlich Koch Recht der Domainen S. 210 ff. Kommentar zu L. R. I, 9 §. 641.

2) L. R. I, 9 §§. 641—647.

3) Siehe oben §. 158 Anm. 11. Jedoch findet sich ein entgegengesetztes Präjudiz des O. Trib. n. 2734. Entsch. Bd. 50 S. 455. Vgl. aber Koch Archiv Bd. 2 S. 111 ff. und Kommentar zu §. 643 d. Tit.

Digitized by Google

ihm die Wirkung, da in diesen Fällen der Besitz nicht als vollständiger und ruhiger zu erachten ist. Dagegen ist ein Titel nicht erforderlich[4] und selbst der Nachweis angeblicher Unredlichkeit des Besitzes nicht zuzulassen.[5] Durch das Normaljahr wird man in Rechten jeder Art, welche Privaten als solchen zustehen können, gegen Anfechtungen des Fiskus geschützt, z. B. im Eigenthum von Domainengütern, sowie im Besitze von Servitutenrechten[6] an solchen Gütern, sowie von verleihbaren nutzbaren Regalien;[7] die Rechte Dritter dagegen sind durch das Normaljahr völlig unberührt geblieben.

Dem Besitze im Normaljahre steht es gleich, wenn der Fiskus das fragliche Recht im Jahre 1740 in rechtsgültiger Weise — ausdrücklich oder indirekt — anerkannt hat, und wenn die Anfechtung einer solchen Anerkennung wegen angeblichen Irrthums oder Betrugs unmöglich ist.

Das durch das Normaljahr begründete Recht konnte begreiflich hinterher wieder erlöschen. Dies insbesondere durch spätern Nichtgebrauch oder durch Aufhebung der Berechtigung im Wege der Gesetzgebung.

Für die Landestheile des westpreußischen Provincialrechts ist das Jahr 1797 Normaljahr,[8] für die Rheinprovinz ist der erste Januar 1815 Normaltag geworden.[9]

---

4) Dies hat man früher zuweilen erfordert. Dagegen Präj. des Obertribunals n. 1970. Entsch. Bd. 16 S. 132.

5) Gleichfalls anerkannt durch das O. Trib. Präj. n. 2001. Entsch. Bd. 17 S. 139. Vgl. Materialien von Simon und Strampff S. 552. Die ältere Praxis war entgegengesetzt: Mathis Bd. 6 S. 10.

6) Dies verneint ohne hinreichenden Grund eine Entscheidung des O. Trib. bei Striethorst Archiv Bd. 15 S. 1, dagegen Entsch. Bd. 56 S. 80.

7) Aber auch im Besitze des Adels L. R. II, 9 §. 18.

8) Verordnung vom 18. December 1798 erweitert durch Verordnung vom 24. November 1843. Westpreußisches Provincialrecht von 1844 §. 5.

9) Gesetz vom 18. December 1831, Gesetzsammlung 1832 S. 3.

Digitized by Google

Zweites Buch.
Die dinglichen Rechte.

Erster Abschnitt.
Die allgemeinen Lehren.

I. Uebersicht der einzelnen dinglichen Rechte.

§. 181. Das Eigenthumsrecht.[1]

Das Eigenthum charakterisirt sich bekanntlich nicht durch den Umfang der dem Berechtigten gegenwärtig zustehenden Nutzungsrechte. Auch wessen Verfügungsmacht in der Gegenwart durch entgegenstehende Rechte Dritter völlig zurückgedrängt wird, ist gleichwohl Eigenthümer, falls seine Berechtigung ihrer Bestimmung nach auf die Totalherrschaft über die Sache geht.[2]

Nicht das ist also wesentlich für den Begriff des Eigenthums, daß es in concreto die volle Herrschaft über die Sache giebt, wohl aber, daß es die Fähigkeit und das Bestreben besitzt, zu einer solchen unbeschränkten Macht immer wieder heranzuwachsen.[3]

Dieser abstrakte Eigenthumsbegriff ist nicht, wie man dies anzunehmen geneigt ist, etwas in Folge der Natur des Privatrechts mit Nothwendigkeit Gegebenes, vielmehr beruht derselbe in einer sinnreichen juristischen Konstruktion der römischen Rechtswissenschaft, welche in dieser Auffassung ideell eine Einheit der Herrschaft über die Sache, trotz der realen Zersplitterung der Nutzungsbefugnisse, festzuhalten wußte. In der ältesten Zeit war näm-

---

1) Böcking Pand. II, §. 134.

2) l. 25 pr. D. de V. S. 50, 16. recte dicimus fundum totum nostrum esse, etiam quum ususfructus alienus est.

3) Die Begriffsbestimmung von Savigny I, S. 367, Puchta Pand. §. 144 u. A., wonach das Eigenthumsrecht die unbeschränkte und ausschließliche Herrschaft einer Person über eine Sache ist, entspricht dem realen Rechte nicht. Daher hat denn namentlich Böcking Pand. II, a. a. O. das Wesen des Eigenthumsrechts in die Abstraktheit und der mannichfachsten Bestimmungen fähige Unbestimmtheit der Privatherrschaft des Subjekts über die körperliche Sache gesetzt. Vgl. auch Windscheid I, §. 167 Anm. 3.

Digitized by Google

lich in Rom Eigenthum wirklich die unumschränkte Verfügungsmacht über die Sache gewesen,[4] da das frühere römische Recht das Eigenthum beschränkende dingliche Rechte an fremder Sache überhaupt nicht anerkannte.[5] Als sich später auf Grund unabweislicher Bedürfnisse eine bestimmte Anzahl solcher Rechte eingebürgert hatte und zuletzt soweit reichende Rechte, wie Emphyteuse und Superficies, geschaffen waren, erhielt das Eigenthum durch die juristische Abstraktion den hypothetischen Charakter, welcher es im jüngsten römischen Recht kennzeichnet.

Dem deutschen Rechte fehlte das Bestreben des römischen Rechts, die Herrschaft über die körperliche Sache möglichst in einer Hand, der des Sacheigenthümers, zu koncentriren. Im Gegentheil brachten es die Verhältnisse des Mittelalters mit sich, daß man an den Vortheilen, welche Grund und Boden gewähren, möglichst Viele in den verschiedensten Formen und mit den mannigfachsten Befugnissen Theil nehmen ließ. Das Jagdrecht und das Bergrecht lösten sich von dem Recht der Grundfläche ab. Der Vasall und der Lehnsherr, der Grundherr und der Erbzinsmann beanspruchten Jeder in seiner Sphäre die ausgedehntesten Befugnisse. Dabei blieb dem deutschen Rechte auch die Abstraktion des ausgebildeten römischen Rechts fremd, wonach Eigenthümer ist, wem präsumtiv die Totalherrschaft über die Sache zukommt. Vielmehr war nach deutschrechtlicher Vorstellung als Eigenthümer zu bezeichnen, wer gegenwärtig ein ausgedehnteres Recht zur Nutzung oder zur Verfügung hatte. Dieser Anschauung gegenüber konnte sich der römische Eigen-

---

4) potestas illibata l. 2. D. de his, qui sui 1, 6.

5) Daß die Superficies und Emphyteusis in später Zeit durch die prätorische Vermittlung den dinglichen Charakter erhielten, ergiebt sich unmittelbar aus den Quellen, vgl. u. A. l. 16. §. 2 D. de pign. act. 13, 7. Ebensowenig ist zu bestreiten, daß das Pfandrecht erst durch den Prätor dinglichen Schutz erhielt §. 7 J. de actionibus 4, 6. Dernburg Pfandrecht I. S. 63 ff. Nur die Servituten gehören also der Periode des ius civile an. Daß nun aber der Ususfrukt und die serv. praediorum urbanorum zu den res nec mancipi gezählt wurden, giebt einen beachtenswerthen Fingerzeig dafür, daß diese Berechtigungen nicht von gleichem Alter sind, wie die serv. praediorum rusticorum, welche als res mancipi galten. Man wird also annehmen dürfen, daß Nießbrauch und die serv. praed. urb. erst durch das Juristenrecht ins Leben gerufen wurden. Kein Lichtstrahl fällt dagegen auf den Ursprung der zuerst anerkannten Rechte an fremder Sache, der serv. praediorum rusticorum, also der Weg- und Wasserservituten. Daher werden sie meist der ältesten römischen Rechtsbildung zugeschrieben. Vgl. Zachariae über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae 1844 S. 18. Für wahrscheinlich ist auch dies nicht zu achten. Denn Wegservituten waren in ältester Zeit kein Bedürfniß, da bei der Zumessung des heredium für Kommunikationswege allgemein gesorgt war, und die Wasserverhältnisse waren wohl hinlänglich durch die bereits in den zwölf Tafeln erwähnte actio aquae pluviae geregelt. Daß die zwölf Tafeln von Servituten gesprochen haben, ist keinenfalls erweisbar. Vgl. auch die Bemerkungen von Elvers Servitut. I. §. 1. Jedenfalls konnte das Vorkommen von Weg- und Wasserservituten, als etwas ganz Specielles, bei der ursprünglichen Bestimmung des Eigenthumsbegriffs wohl außer Betracht bleiben.

Digitized by Google

thumsbegriff nur allmählig und lange Zeit nur mehr oder weniger getrübt durchsetzen.

Auch das preußische Landrecht suchte daher noch das Eigenthum durch Aufzählung einzelner Befugnisse zu bestimmen.[6] Dasselbe bezeichnet das Recht, zu besitzen, zu verfügen und zu gebrauchen, als Bestandtheile des vollen Eigenthumsrechts, woraus sich denn die Zerlegung in die Proprietät, d. h. das Recht über die Sache zu verfügen, und in das Nutzungsrecht, d. h. das Recht auf Gebrauch und Ertrag, ergibt. Gleichwohl hat das Landrecht die römische Konstruktion des Eigenthums als des auf die Totalherrschaft gerichteten Rechtes aufgenommen, indem es die Freiheit und Unbeschränktheit des Eigenthums zu einer Vermuthung macht und die Regel des römischen Rechtes anerkennt, daß die das Eigenthum beschränkenden dinglichen Rechte durch Konfusion erlöschen, falls der Berechtigte Eigenthümer der belasteten Sache wird.[7] —

In ihren allgemeinen Aussprüchen begreifen übrigens unsere Gesetze unter Eigenthum jede nutzbare, oder vermögensrechtliche Befugniß.[8 9] Das Eigenthum erstreckt sich also in diesem weiteren Sinne nicht nur auf körperliche Sachen, welche in die Sinne fallen, sondern auch auf Rechte, welche nur durch die Ausübung bemerkbar werden, wie denn beispielsweise in den Quellen des preußischen Rechts nicht selten von Eigenthumsrecht an Forderungen die Rede ist.[10] Hieran reiht sich denn, daß manche Rechtssätze und Rechtsinstitute, welche das römische Recht nur für das Eigenthum im engern Sinne ausgebildet hatte, z. B. die Vindikation, die Tradition, im preußischen Rechte auch bei anderen Rechtsverhältnissen Anwendung finden. Trotz dieser Verallgemeinerung aber hebt sich das Eigenthum im engeren Sinne, also die an sich unbeschränkte Herrschaft über körperliche Sachen, als ein besonderes Rechtsverhältniß auch im preußischen Rechte ab, welches auch in dieser Hinsicht sich dem Uebergewichte der römischen Rechtsanschauungen nicht zu entziehen vermochte.[11]

---

6) L. R. I, 8. §. 9—13.

7) L. R. I, 16. §. 482. cfr. §. 4 J. de usufructu 2, 4.

8) L. R. I, 8. §§. 1. 2. vgl. östr. G. B. §§. 353. 354. So wenn die A. G. O. Einl. §. 1 bestimmt: „alle Streitigkeiten über Sachen und Rechte, die einen Gegenstand des Privateigenthums ausmachen, müssen durch richterlichen Ausspruch entschieden werden," ferner wenn die Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 vorschreibt: „das Eigenthum ist unverletzlich."

9) Daß diese Auffassung eine unrömische ist, darf als bekannt vorausgesetzt werden, vgl. u. A. Windscheid I. §. 168. Aber die Entwicklung des modernen Rechts drängt auf sie hin, s. Bähr in Iherings Jahrb. I. S. 361 ff.

10) L. R. I, 11. §. 376. I, 8. §. 2. Suarez in Siewerts Materialien I. S. 5.

11) Im engern Sinn nimmt den Ausdruck das Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1872.

Digitized by Google

§. 182. Ober- und Untereigenthum.[1]

Die Theilung des Eigenthums in Ober- und Untereigenthum wurzelte in der unrömischen Auffassung, wonach das Eigenthumsrecht nicht qualitativ als die Anwartschaft auf die Gesammtherrschaft der Sache bestimmt, sondern quantitativ nach dem Umfang der Befugnisse des Berechtigten bemessen wurde.

Diese Eintheilung wurde vom Landrechte aus dem gemeinen Rechte[2] als geschichtlich gegeben aufgenommen.[3] Insbesondere erkannte man beim Lehnsherrn und Vasallen ein getheiltes Eigenthum an. Man schrieb einestheils dem Lehnsherrn die Proprietät zu, da der Vasall ohne dessen Zustimmung über die Substanz des Lehnguts nicht verfügen konnte, nicht weniger erschien aber der Vasall als Inhaber der Proprietät, da auch der Lehnsherr ohne den Vasallen die Verfügungsmacht über die Substanz nicht hatte, wozu sich beim Vasallen als weiterer Eigenthumsbestandtheil das Nutzungsrecht gesellte.[4] Nach der gleichen Denkweise betrachtete man — in ähnlicher Art wie viele gemeinrechtliche Schriftsteller die Emphyteuse behandelten — das Erbzinsgut als im nutzbaren Eigenthum des Erbzinsmannes und im Obereigenthum des Erbzinsherrn stehend.[5]

Endlich ordnete das Landrecht unter denselben Schematismus selbst das Familienfideikommiß ein, indem es dem jedesmaligen Fideikommißbesitzer das nutzbare Eigenthum des Fideikommisses, der Familie aber das Obereigenthum zuschrieb.[6]

Hätte man den Maßstab der römischen Theorie an diese Verhältnisse gelegt, so wäre der Lehnsherr und Erbzinsherr allein als Eigenthümer zu betrachten, da sich ihr Recht mit dem Wegfall des Vasallen und des Erbzinsmanns konsolidirt, so daß sich hiernach die Befugniß des Vasallen und Erbzinsmannes nur als ein ausgedehntes Recht an fremder Sache dargestellt hätte. Aber im Werdegang der Geschichte lag es umgekehrt begründet, daß gerade diese Nutzungsberechtigten immer mehr die Eigenthumsbefugnisse an sich brachten, bis sich das Rechtsverhältniß zuletzt in vollständiges Eigenthum

---

1) Duncker in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 2. S. 177 ff. Thibaut Versuche II. 3. Böcking Pand. II. S. 41 ff. Förster Bd. 3. §. 167. Vgl. auch Gerber §. 77 und andrerseits Beseler §. 82. Kraut Grundriß §. 74.

2) Glosse zu §. 39. J. d. r. d. 2, 1 glossa l. 1. C. de thesauris 10, 15. u. a. a. O. Vgl. bei Böcking Pand. II. S. 41 und Kraut Citirte.

3) L. R. I, 8. §. 19. 20. I, 18. §. 1.

4) Vgl. Höpfner Institutionen §§. 290. 291. L. R. I, 18. §§. 13. 14.

5) L. R. I, 18. §. 683 ff.

6) L. R. II, 4. §§. 72. 73. So auch östr. b. G. B. §. 629 und ältere Schriftsteller.

Digitized by Google

verwandelte.[7] Diese Entwicklung tritt sehr bestimmt im preußischen Rechte hervor. Der Vorzug, den bereits die landrechtliche Gesetzgebung dem Nutzungseigenthum gab, bewährte sich in der Zutheilung aller außerordentlichen aus der Sache erwachsender Vortheile an die Nutzungseigenthümer,[8] so daß unter Anderm der auf einem Lehngrundstück oder Erbzinsgut gefundene Schatz in das freie Eigenthum des Vasallen und Erbzinsmannes und nicht an den Grundherrn fiel.[9]

Durch das Gesetz vom 2. März 1850, betreffend die Ablösung der Reallasten, §. 2 wurde dann das Obereigenthum der Lehnsherren bei allen inländischen Lehen, mit Ausnahme der Thronlehen, sowie das Obereigenthum der Guts- oder Grundherren am Erbzinsgut geradezu aufgehoben. Zugleich beseitigte das Gesetz auch das Eigenthum der Erbverpächter zu Gunsten des Erbpächters, obgleich das Landrecht dessen Berechtigung nicht als nutzbares Eigenthum, sondern nur als dingliches Recht an fremder Sache betrachtet hatte.[10] In Folge dessen verwandelte sich mit der Rechtskraft dieses Gesetzes das bisherige nutzbare Eigenthum des Vasallen, des Erbzinsmannes und das dingliche Recht des Erbpächters in volles Eigenthumsrecht,[11] ohne daß dies freilich die Aufhebung der aus diesen Verhältnissen entspringenden Abgaben und Leistungen oder besonders vorbehaltenen Nutzungen mit sich brachte.

Für die Zukunft wurde ferner bei erblicher Ueberlassung eines Grundstücks nur noch die Uebertragung des vollen Eigenthums für zulässig erklärt.[12]

Eine praktische Bedeutung hat die Lehre vom getheilten Eigenthum jetzt nur noch bei den Thronlehen. Zwar basirt auf ihr auch die gesetzliche Konstruktion der Familienfideikommisse, doch werden wir die Rechte der Fideikommißanwärter richtiger als Rechte an fremder Sache behandeln.

§. 183. Die dinglichen Rechte an fremder Sache.

Den dinglichen Rechten an fremder Sache ist nach römischem Rechte gemeinsam, daß sie die Sache nach einer bestimmten Richtung hin der Ver-

---

7) Vgl. Böcking Pand. I. c.

8) L. R. I, 18. §. 7.

9) L. R. I, 9. §. 94 ff. Vgl. auch II, 16. §. 119 bezüglich des sogenannten Erbkuxes.

10) L. R. I, 21. §. 187.

11) Wie, wenn der Erbpacht nicht für immer, sondern nur für eine gewisse Zeit, z. B. drei Generationen oder 99. Jahre bewilligt war? Man wird auch hier Verwandlung in volles Eigenthum annehmen müssen, jedoch nur für die Erbpachtszeit, so daß das Eigenthum nachher an den früheren Erbverpächter zurückfällt. Anders die Entscheidung in Ulrichs Archiv XVI. S. 1 ff.

12) Art. 42 der Verf. v. 31. Januar 1850. §. 91 des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850.

Digitized by Google

fügung des Berechtigten unmittelbar unterwerfen. Sie eröffnen also dem Berechtigten eine Raumsphäre für eine Thätigkeit, so daß ein solches Recht den Eigenthümer der dienenden Sache wie Dritte stets nur zum Dulden oder Nichtthun verbindet. Hiermit steht im Zusammenhange, daß das römische Recht nur eine eng bemessene Zahl von Arten dinglicher Rechte kannte, an deren gegebene Formen die Parteiwillkühr gebunden war.

Auf deutschem Boden hingegen erwuchsen die mannigfachsten Arten von Rechten an fremden Sachen.[1] Insbesondere kann nach preußischem Rechte jeder auf eine specielle Sache bezügliche Anspruch durch Uebergabe oder wenigstens durch die Eintragung im Grundbuche einen dinglichen Charakter erhalten.[2] Für diese dinglichen Rechte im weiteren Sinne ist keineswegs erfordert, daß sie dem dinglich Berechtigten eine unmittelbare Herrschaft über die fremde Sache geben, vielmehr ist häufig ihr Hauptinhalt die Verpflichtung des Eigenthümers der dienenden Sache zu einer Leistung, wonach sie grundsätzlich eine obligatorische Natur haben. Die dingliche Seite dieser Rechte liegt aber darin, daß sie jedes Eigenthumswechsels unerachtet auf Anstehen des Berechtigten, letztlich durch die richterliche Vermittlung aus der Sache oder an der Sache vorzugsweise realisirt werden können. Hierin ist die Belastung der Sache selbst, deren Unterwerfung unter das Recht begründet.

Nothwendig ist auch bei uns für jedes dingliche Recht ein unmittelbares oder doch mittelbares Interesse des Berechtigten, jedoch muß dasselbe nicht gerade pekuniärer Natur sein. Ein Vertrag z. B., wodurch A. dem B. verspricht, ein Grundstück nicht zu veräußern, kann dann auch nicht durch Eintragung Geltung erhalten, wenn B. kein auch nur mittelbares Interesse an demselben hat, sondern den Vertrag etwa nur schloß, um den A. selbst vor Schaden zu bewahren; dagegen wäre er z. B. verbindlich, wenn A. Ehegatte oder Schwiegervater des B. wäre, auch wenn ein in Zahlen ausdrückbares Interesse an der Nichtveräußerung nicht nachweisbar wäre. Ausdrücklich hat die Gesetzgebung den Vertrag für nichtig erklärt, wodurch sich der Eigenthümer eines Grundstücks seinem Hypothekengläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht weiter zu belasten.[3] Dies um deswillen, weil der Hypothekar bei einem solchen Vertrage kein Interesse hat, da seine dinglichen Rechte durch die spätere Belastung nicht leiden können.

Die dinglichen Rechte an fremder Sache lassen sich auf zwei Hauptgruppen zurückführen, indem sie bald Anspruch auf die Nutzung einer frem-

---

1) Vgl. hierüber Ihering Geist des römischen Rechts. 2te Aufl. II. 1. S. 212 ff.

2) L. R. I, 2. §. 135.

3) Gesetz über den Eigenthumserwerb vom 5. Mai 1872 §. 48. L. R. I, 20. §. 439.

Digitized by Google

den Sache, bald solche auf deren Substanz gewähren, Kategorien, die im römischen Rechte einerseits durch die Servituten, andrerseits durch das Pfandrecht repräsentirt werden.

Zur ersten Kategorie gehören die subjektiv persönlichen Nutzungsrechte, also diejenigen zu Gunsten von bestimmten Personen. Unter diesen Rechten unterscheidet das Landrecht wieder das vollständige Nutzungsrecht auf allen Gebrauch und jede Nutzung, welche ohne Veräußerung oder Substanzverletzung gewinnbar ist, — den Nießbrauch — und andererseits das eingeschränkte Nutzungsrecht, d. h. eine nicht so ausgedehnte Befugniß zu Gebrauch und Nutzung, wie sie dem Miether, Pächter, Kommodatar zugeschrieben wird, welche durch den Besitz bei uns eine dingliche Berechtigung erlangen. Eine weitere Art der Nutzungsrechte bilden die Grundgerechtigkeiten, an welche sich die Reallasten anreihen. Zu dieser Klasse von Rechten würde an sich auch das Bergbaurecht gehören, soweit es dem Beliehenen den Raum fremder Grundstücke, die das Bergwerksfeld bilden, offen stellt; indessen wird das Bergrecht vom Gesetze dem Eigenthumsrechte an Grundstücken gleich gehalten.

Die Rechte auf die Substanz einer fremden Sache zerfallen in zwei Unterarten. Die eine bilden die Rechte auf die künftige Uebertragung oder den unmittelbaren Anfall der Sache an den Berechtigten. Selbständige Rechte dieser Art waren den Römern unbekannt. Doch konnte in der vorchristlichen Zeit dem Pfandrechte durch Zufügung einer lex commissoria eine Erweiterung gegeben werden, wonach der Gläubiger für den Fall der Nichtzahlung seiner Forderung auf den Erwerb der Pfandsache dinglich berechtigt wurde.[4] Im deutschen und preußischen Rechte sind Berechtigungen dieser Art sehr häufig. Es sind hierher unter Anderm zu zählen die Rechte der Lehns- und auch der Fideikommißanwärter, die Vorkaufsrechte. Die zweite Unterart dieser Klasse bilden die Pfandrechte, d. h. das Recht, aus einem fremden Vermögensobjekt für eine auf demselben haftende Schuld vorzugsweise Befriedigung zu erhalten. Es gehören hierher Faustpfandrechte, Hypotheken, endlich das neuerdings geschaffene Recht der Grundschuld, durch welche das Grundstück mit der Schuld eines Kapitals belastet wird, ohne daß eine persönliche Verpflichtung daneben bestehen muß.

§. 184. Das Recht zur Sache.[1]

Die römische Auffassung, wonach das Versprechen der Uebertragung einer Sache nur denjenigen band, welcher sich dem Gläubiger zu dieser Leistung

4) Vgl. Dernburg Pfandrecht II, S. 277.

1) Ziebarth Realexekution S. 203 ff. Roloff in Ulrichs Archiv Bd. 15 S. 421. Gruchot Bd. 8. S. 602 ff. v. Brünneck über den Ursprung des sogenannten ius ad rem, ein Beitrag zur Geschichte dieses Dogma, Berlin 1869.

Digitized by Google

verpflichtete, nicht aber Dritte betraf, mit welchen derselbe nicht kontrahirt hatte, ist bekanntlich durch eine verbreitete ältere Praxis und hiernach im Landrechte verlassen worden. Man gewährt nämlich dem Gläubiger, welcher eine specielle Sache zu fordern hat, eine Klage auf deren Herausgabe gegen solche Dritte, welche die Sache in Kenntniß des Bestehens eines ältern Anspruchs erworben haben.[2]

Neuere Schriftsteller fassen häufig dies Recht zur Sache als ein relativ dingliches und demnach auch die Klage als eine dingliche auf.[3] Und allerdings liegt dem Anspruch die Anschauung zu Grunde, daß das Veräußerungsgeschäft die Sache selbst afficire. Aber seiner gegebenen historischen Konstruktion nach ist gleichwohl dies Klagrecht ein persönliches,[4] denn es gründet sich auf ein subjektives Verhältniß, den Erwerb in Kenntniß des fremden Anspruchs. Die Klage kann daher nicht etwa vom Gläubiger angestellt werden gegen einen schlechthin Unberechtigten, z. B. einen Dieb, welcher dem Schuldner die Sache wegnahm. Insbesondere spricht auch gegen einen dinglichen Charakter dieses Rechts, daß es im Konkurse kein Vorzugsrecht an der geschuldeten Sache vor andern chirographarischen Gläubigern giebt, wie denn z. B. der Käufer einer bestimmten Sache im Konkurse seines Verkäufers mit den übrigen Gläubigern desselben ins Theil gehen muß.[5] Es ist also das Rechtsmittel aufzufassen als eine eigenthümliche Species der Dolusklage. Und zwar liegt der Dolus des Verklagten darin, daß er durch den Erwerb der Sache dem Gläubiger das Objekt zu entziehen suchte, welches sich derselbe ohne dieses Dazwischentreten letztlich selbst gegen den Willen des Schuldners im Wege der Realexekution hätte verschaffen können. In diesem Gedankenzusammenhange reiht sich die Klage aus dem Recht zur Sache der sogenannten actio Pauliana an, welche gleichfalls Veräußerungsgeschäfte des

---

2) S. R. I, 19. §. 5. I, 10. §. 25. Präj. d. O. Trib. 2059. Vgl. oben §. 37. Anm. 3 u. ff. Die Ansichten über die innere Haltbarkeit dieses „Rechts zur Sache" stehen sich bekanntlich schroff gegenüber. Die Einen halten dasselbe für eine Abnormität, da der spätere Erwerber sich um bloß persönliche Anrechte eines Dritten, welche nur den Schuldner angingen, nicht zu kümmern brauche. Im Gegensatze hierzu erblicken Andre in diesem Recht zur Sache einen wesentlichen Fortschritt des deutschen Rechts, welches hierdurch die einseitige scharfe Trennung des dinglichen und persönlichen Rechts glücklich überwunden habe!

3) Namentlich Koch vgl. Proceßpraxis S. 179, dann Ziebarth l. c. S. 213. Es ist richtig, daß die Klage nicht als Kontraktsklage zu konstruiren ist, da diese der Regel nach nur gegen den Mitkontrahenten geht. Doch ist hiermit die obligatorische Natur derselben nicht ausgeschlossen.

4) Denn ausgebildet wurde die Klage von den Romanisten als eine actio in factum revocatoria, die sich der actio Pauliana anschloß. Baldus ad rubr. l. C. de revoc. iis, quae in fraudem alienata sunt. Carpzov iurispr. for. p. II. const. 32 def. 12. Leyser med. spec. 531. m. 4.

5) Vgl. des Näheren unten Bd. 2 §. 118.

Digitized by Google

Schuldners mit Dritten unschädlich macht, um den klagenden Gläubiger gegen die Entziehung der Mittel seiner Befriedigung zu sichern.[6]

Voraussetzung dieser Klage ist,

1. daß Kläger einen klagbaren Anspruch auf die eingeklagte Sache gegenüber dem Hauptschuldner habe, stützte sich nun derselbe auf Vertrag oder auf einen andern Rechtsgrund.[7]

2. Ferner ist der Nachweis erforderlich, daß der Verklagte beim Erwerb sichere Kenntniß von dem Bestehen des älteren Rechts des Klägers zur Sache hatte, was nach der Praxis durch Anführung bestimmter Thatsachen darzuthun ist. Gerüchte und Hörensagen versetzen nicht in bösen Glauben. Eine sichere Kenntniß ist namentlich leicht beim Ehegatten des Verkäufers anzunehmen. Bloße Anzeige Seitens eines angeblich zur Sache Berechtigten kann nicht schlechthin genügen, wohl aber muß die Vorlegung des Kontrakts, die Mittheilung des Abschlusses desselben durch den instrumentirenden Richter den Erwerbslustigen zur Aufmerksamkeit veranlassen. Der Moment, welcher in Betracht kommt, ist der Augenblick des Abschlusses des zweiten Veräußerungsvertrags, da Jemandem, welcher einmal gutgläubig kontrahirte, die spätere Realisirung des Geschäfts durch Besitzergreifung oder Eintragung nicht mehr zum Vorwurf gereichen kann.[8]

3. Endlich muß der Verklagte, da der Zweck der Klage Herausgabe der Sache ist, mindestens im Moment der Klagezustellung noch im Besitze der Sache sein.

Die dargestellten Bestimmungen treten unbezweifelt im Falle der Kollision gleichartiger Rechte ein, z. B. wenn zwei Personen durch verschiedene Geschäfte einen Titel zum Eigenthum derselben Sache erhalten, oder wenn

---

6) Mit dieser Beschränkung scheint uns der Gedanke von Ziebarth, daß dies Recht zur Sache in einer innern Verbindung mit dem Recht der Realexekution stehe, das Richtige zu treffen. Die Verschiedenheit der actio Pauliana und des Rechts zur Sache ist vorzugsweise in Folgendem zu suchen. Die actio Pauliana tritt ein, wenn der Schuldner sich durch dolose Veräußerungen überhaupt zahlungsunfähig machte oder wenigstens seine Zahlungsunfähigkeit vermehrte. Das Recht zur Sache greift hingegen schon ein, wenn der Schuldner dem Gläubiger durch die Veräußerung die Exekution in die speciell geschuldete Sache unmöglich macht, ohne Rücksicht darauf, ob dem Schuldner die Mittel zur Leistung des Interesse verbleiben. Im Uebrigen soll nur eine Verwandtschaft, nicht aber die völlig gleiche Bildung beider Klagen behauptet werden.

7) Daß die Forderung bereits durch gerichtliches Erkenntniß gegen den Hauptschuldner liquid gestellt sei, ist nicht erfordert. Doch liegt eine der praktischen Schwierigkeiten des Rechts zur Sache darin, daß über die Rechtsbeständigkeit der Forderung gegen den Schuldner A. mit dem späteren Erwerber der fraglichen Sache B. processirt werden soll. Man wird gegen Beide klagen müssen, gegen den Veräußerer A., unter Angebot etwaiger Gegenleistungen, auf Tradition, gegen den Erwerber B. auf Feststellung seiner Verpflichtung, dem Judikat gegen den A. sich zu unterwerfen.

8) Vgl. Ziebarth S. 210.

Digitized by Google

zweien nacheinander der Nießbrauch derselben Sache eingeräumt wurde. Sie sind aber richtiger Ansicht nach [9] auch bei ungleichartigen Rechten anwendbar, welche sich entgegenstehen, z. B. bei Kollision des Eigenthums und des Anspruchs auf den Nießbrauch. Wer indessen einen Titel zum Pfandrecht hat, kann diesen einem Dritten gegenüber nicht zur Geltung bringen, welcher die Sache oder auch ein dingliches Recht an derselben trotz seiner Kenntniß des Pfandrechtstitels erwarb. Denn es darf sich der Dritte beim Erwerbe dabei beruhigen, daß das Pfandrecht höchstens ein Mittel zur Befriedigung der Forderung des Gläubigers ist und daß diese Befriedigung nicht schlechthin davon abhängig ist, daß derselbe an der Sache das in Aussicht gestellte Pfandrecht wirklich erwirbt. [10] Ebenso schadet umgekehrt dem Pfandgläubiger die Kenntniß eines älteren Rechts zur Sache nicht. Man legt ihm einen Dolus um deßwillen nicht zur Last, weil wenigstens im Fall der erwarteten Abtragung der Schuld sein Pfandrecht wieder erlischt und dem Recht zur Sache noch Raum läßt. [11]

§. 185. Das Recht zur Sache nach dem Eigenthumsgesetz vom 5. Mai 1872. [1]

Bei der Neuordnung des Grundbuchrechts durch die Gesetze vom 5. Mai 1872 hat auch das Recht zur Sache die wesentlichsten Umgestaltungen erlitten. Einestheils leitete nämlich den Gesetzgeber bei diesen Gesetzen das Bestreben, das in das Grundbuch eingetragene dingliche Recht möglichst unanfechtbar zu machen, dann aber ging er auch von dem allgemeinen Gedanken aus, daß das dinglich gewordene Recht das unbedingte Uebergewicht über das bloß persönliche verdiene, und daß der Natur der Sache nach der Erwerb in Kenntniß von einem älteren auf die Sache bezüglichen persönlichen Anspruche eine Schlechtgläubigkeit noch nicht enthalte. [2] Hiernach hat nun das Gesetz folgende Bestimmungen getroffen.

1. Die Kenntniß des Erwerbers eines Grundstücks von einem älteren Rechtsgeschäfte, welches für einen Andern ein Recht auf Ueberlassung des

---

9) Abweichend das Obertribunal in den Gründen des Plenarbeschlusses vom 12. Juni 1843. Entsch. Bd. 9. S. 25. Vgl. dagegen Koch zu L. R. I, 19. §. 5. und die dort angeführten späteren Entscheidungen, insbesondere Entsch. Bd. 15. S. 513. Bd. 16. S. 194. Präj. 1981.

10) Vgl. Ulrich Archiv Bd. 8. S. 334. Der Rechtssatz wird anerkannt im Plenarbeschluß des Obertrib. v. 12. Juni 1843. Präj. 1302. Entsch. Bd. 9 S. 25.

11) So der oben — Anm. 10 — angezogene Plenarbeschluß. Andrer Ansicht Ziebarth l. c. S. 310.

1) Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hypothekenrecht Bd. I. S. 375 ff.

2) Vgl. Motive der Regierungsvorlage zum Entwurfe des Gesetzes über den Eigenthumserwerb von 1871/72 S. 25.

Digitized by Google

Eigenthums dieses Grundstücks begründet, steht dem Eigenthumserwerb nicht entgegen.[3]

2. Der Erwerb des eingetragnen Rechts an fremder Sache wird dadurch nicht gehindert, daß der Erwerber das ältere Recht eines Andern auf Eintragung eines widerstreitenden dinglichen Rechts gekannt hat.[4]

Das Gesetz hat hiernach kasuistisch nur zwei allerdings wichtige Fälle herausgegriffen, aber in Bezug auf andere Lücken gelassen.[5] Es frägt sich unter Anderm — ad 1 — steht dem Erwerber des Eigenthums die Kenntniß von einer älteren Verpflichtung seines Rechtsvorfahrs zur Bestellung eines Nutzungsrechts oder einer sonstigen dinglichen Belastung, z. B. eines Nießbrauchs, einer Miethe entgegen, da doch das Gesetz zu Gunsten des Eigenthumserwerbers nur die Kenntniß von einem älteren auf Eigenthumsüberlassung gerichteten Verpflichtung für unschädlich erklärt? Ferner — ad 2 — steht dem eingetragenen Erwerber eines Rechts an fremder Sache die Kenntniß des Titels eines Andern auf solche Sachenrechte entgegen, welche, wie Miethe und Pacht, der Eintragung nicht bedürfen, da das Gesetz nur die Kenntniß von einem älteren Anspruch auf Eintragung für unschädlich erklärt? Denkbar wäre die Behauptung, daß das Recht zur Sache soweit in bisheriger Art fortbestehe, als die besonderen Bestimmungen des neuen Gesetzes nicht eingreifen. Indessen werden wir doch nach der Absicht des Gesetzes, welche nur nicht zum vollen Ausdruck kam, das Recht zur Sache überhaupt gegenüber dem eingetragenen Eigenthümer und dinglich Berechtigten außer Kraft gesetzt ansehen.[6]

Dagegen ist das Recht zur Sache fortwährend wirksam gegenüber solchen Eigenthümern und dinglich Berechtigten, deren Recht am Grundstück nicht im Buche eingetragen ist, da das Gesetz nur die unbedingte Wirkung der Eintragung sicher stellen will. Es kann also das Recht zur Sache noch geltend gemacht werden in denjenigen Ausnahmefällen, in welchen

3) Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 §. 4. Uebrigens hat der Erwerb des Eigenthumsrechts nie in Frage gestanden, wie man nach der Ausdrucksweise des Gesetzes schließen sollte, sondern nur seine Wirkung gegenüber dem zur Sache Berechtigten.

4) Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 15. Der Schlußsatz „oder daß sich letzterer bereits in der Ausübung dieses Rechts befindet" interessirt hier nicht weiter.

5) Die §§. 4 und 15 sind wesentlich unverändert nach der ursprünglichen Regierungsvorlage vom Landtage adoptirt worden, nachdem das Herrenhaus den Versuch gemacht hatte, entgegengesetzte Grundsätze zur Geltung zu bringen.

6) Das Obertribunal hat Bd. 78 S. 95 ff. im Gegensatz hierzu angenommen, §. 4 des E. G. betreffe lediglich die Kollision zwischen dem durch Auflassung erworbnen Recht und einem ältern auf Auflassung gerichteten Recht. Insbesondre müsse der Eingetragne, welcher Kenntniß von einem Veräußerungsvertrag über die auf dem Grundstück stehenden Hölzer habe, die Abholzung gestatten. Derselben Ansicht ist Behrend Recht zur Sache in seiner Zeitschrift Bd. 7 S. 113. Vgl. über das O. Trib. Erkenntniß Dernburg und Hinrichs a. a. O. S. 377.

Digitized by Google

Eigenthum an Grundstücken durch Tradition übergeht. Insbesondere aber schadet dem Miether oder Pächter eines Grundstücks, deren Recht ohne Eintragung dinglich wird, die Kenntniß von dem älteren Anrecht eines Dritten auf das Grundstück, sei es aus einem Pachtkontrakt oder einem andern Titel.

Der Anspruch auf Uebertragung des Eigenthums eines Grundstücks, desgleichen auf Eintragung eines andern dinglichen Rechts kann unter Bewilligung des eingetragenen Eigenthümers mittelst einer sogenannten Vormerkung in das Grundbuch gelangen, wodurch der Anspruch einen dinglichen Charakter erhält. Dies hat nichts Befremdendes, da sich bei uns jedes persönliche Recht, welches eine specielle Sache zum Gegenstande hat, unter Zustimmung des Eigenthümers durch Eintragung in ein dingliches verwandeln läßt. Die Vormerkung jenes Anspruchs kann aber sogar ohne Bewilligung des Eigenthümers auf Ersuchen des Proceßrichters erfolgen.[7] Hier bricht doch wieder die unrömische Anschauung durch, wonach der Kontrakt über die Leistung einer speciellen Sache nicht bloß den Versprechenden zu einer *Handlung* verpflichtet, sondern ein Anrecht auf die *Sache* selbst gewährt. Denn nur hieraus läßt es sich rechtfertigen, daß eine solche auch die Singularsuccessoren des Schuldners bindende Eintragung ohne den Willen desselben Platz greifen kann. Allerdings spricht sich das Gesetz nicht darüber aus, wann ein solches Ersuchen des Richters einzutreten hat. Allgemeine Grundsätze führen darauf, dem Anspruch nur im Fall seiner Gefährdung diese Sicherstellung zu gewähren und sie als eine Arrestmaßregel zu behandeln. Trotz des Schweigens des Gesetzes hierüber wird die Praxis eine solche Einschränkung wagen müssen, wenn es ihr um rationelle Resultate zu thun ist.[8]

Welcher Anspruch geht vor, wenn Mehreren ein Recht zur Sache bewilligt ist und diese sämmtlich ihre Ansprüche vormerken ließen. Etwa wer den älteren Titel hat? Es ist der Vorzug dem zu geben, welcher zuerst die Eintragung der Vormerkung erlangt hat.[9]

II. Gemeinsames bezüglich der Entstehung und Endigung der Sachenrechte.

§. 186. Titel und Modus des Erwerbs.

Nach der im vorigen Jahrhunderte herrschenden Theorie unterscheidet das Landrecht beim Erwerb der Sachenrechte zwei Bestandtheile, nämlich einerseits den Modus, die Form des Sacherwerbs, andrerseits den Titel, dessen Rechtsgrund.

7) Gesetz über den Eigenthumserwerb §§. 8. 16. G. B. O. §. 64.
8) Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. I. S. 378.
9) Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 17, vgl. auch §. 15.

Digitized by Google

1. Als allgemeine Form für die Erwerbung der Sachenrechte — Modus — galt die Erlangung des juristischen Besitzes.[1] Dies in Folge der Lehre der naturrechtlichen Schule, welche selbst wieder jenes Erforderniß dem römischen Rechte entnahm, indem sie verallgemeinerte, was bei der freiwilligen Veräußerung des Eigenthums durch Tradition in jenem Rechte galt. Jedoch hat das Landrecht in einigen Verhältnissen der Eintragung in das Grundbuch — als Uebermachung des Civilbesitzes — die gleiche Wirkung wie der Uebertragung des körperlichen Besitzes beigelegt.[2] In nicht wenigen Fällen ist sogar die Eintragung in das Grundbuch die schlechthin nothwendige Form zum Erwerb von Rechten an Grundstücken, so daß es der Besitzübertragung nicht bedarf und dieselbe auch nicht genügt. So verhält es sich nach dem Landrecht bei der Begründung der Hypothek[3] und neuerdings auch bei der freiwilligen Veräußerung von Grundstücken.[4]

Uebrigens paßt der allgemeine Schematismus, wonach nur Besitzübertragung oder Eintragung die Form der Erwerbung der Sachenrechte bildet, für eine Reihe von besonderen Verhältnissen nicht. So in zahlreichen Fällen unfreiwilliger und gesetzlich angeordneter Eigenthumsübertragung, z. B. bei Subhastationen, Gemeinheitstheilungen, Expropriationen, ferner bei dem Eintritt in eine gütergemeinschaftliche Ehe. Auch durch Erbschaften, durch Lehn- und Fideikommißfolge wird Eigenthum ohne Besitzübertragung oder Eintragung erworben.

Ferner genügt zur Bestellung von Grundgerechtigkeiten der schriftliche Vertrag.[5]

2. Das Landrecht betrachtete als die Regel, daß die Erwerbung von Sachenrechten zum Zweck der Erfüllung eines vorhergehenden obligatorischen Rechtsgeschäfts, z. B. Kauf, Tausch, Darlehen, geschehe, so daß man sogar den Uebergang des dinglichen Rechts von der Rechtsbeständigkeit dieses zu Grunde liegenden Geschäfts abhängig erachtete.[6] Man bezeichnete dasselbe als Titel und benannte auch die Urkunde, in welcher das Geschäft aufgenommen war, in gleicher Weise. Da aber ein derartiges Geschäft, so häufig dasselbe die Veranlassung der Uebertragung ist, keineswegs stets vorausgeht, so hat man auch andere juristische Thatsachen, welche den dinglichen Erwerb hervorrufen, um den Schematismus durchzuführen, als Titel des Erwerbs

1) L. R. I, 9. §. 3.
2) L. R. I, 21. §. 4.
3) L. R. I, 20. §. 411.
4) Gesetz über den Eigenthumserwerb §§. 1. 2.
5) L. R. I, 22. §. 13.
6) L. R. I, 2. §§. 133. 134, vgl. auch oben §. 37. Anm. 2.

Digitized by Google

bezeichnet, wonach denn in den Gesetzen als Titel angeführt werden Willenserklärungen, Gesetze, rechtskräftige Erkenntnisse.[7]

Folgerecht gewann die Lehre vom Titel besondere Bedeutung für die Eintragung von Sachenrechten an Grundstücken in die Grundbücher. Es genügte nämlich nach älterem Recht zur Eintragung nicht der Nachweis des übereinstimmenden, auf die Begründung des dinglichen Rechts gerichteten Willens der Betheiligten. Vielmehr verlangte man Vorlegung der Urkunde über das vorausgehende obligatorische Rechtsgeschäft oder einen andern Titel und machte von dessen Rechtsbeständigkeit und äußerlicher Fehlerlosigkeit die Vornahme der Eintragung abhängig.[8] Durch das Grundbuchrecht von 1872 ist dies nunmehr beseitigt. Dasselbe fordert principiell für den Erwerb dinglicher Rechte an Grundstücken nur den Willen der Betheiligten.[9]

§. 187. Translation der dinglichen Rechte.

Es liegt in dem Wesen des dinglichen Rechts, daß dasselbe an dem Objekte unübertragbar haftet, an dem es einmal begründet wurde. Daher erlischt es mit dessen physischem Untergange. Das Gleiche gilt, wenn der Gegenstand unsres Rechts seine besondere Unterscheidbarkeit verloren hat, so daß die Möglichkeit aufgehört hat, denselben noch individuell nachzuweisen und zu verfolgen.[1]

Es giebt indessen in unsrem Rechte ausnahmsweise Fälle des Eintritts eines Surrogats in die Stelle eines andern Objekts.

1. Wenn aus der untergegangenen Sache eine andre entsteht, so gehen alle Rechte, die an jener bestanden, auch auf diese in soweit über, als sie an derselben ausgeübt werden können.[2] Würden daher die zum Faustpfande gegebenen Objekte, z. B. Rohwolle, in neue, z. B. Tuche, verwandelt, so bliebe das Pfandrecht bestehen, natürlich unvorgreiflich den Rechten Dritter redlicher Weise Specifirender.[3 4]

---

7) L. R. I, 9. §. 2. I, 10. §. 2. Daß es unlogisch war „die Gesetze" den Rechtsgeschäften als sogenannte Titel gleichzustellen, bedarf wohl hier keiner weiteren Ausführung. Vgl. Hugo civil. Magazin I. 11. IV. 6. Unger II. S. 8 ff. Es sind die — nach dem Gesetze — dingliche Rechte veranlassenden Thatsachen gemeint. Erkenntnisse sind keine Titel, sondern konstatiren nur den vertragsmäßigen oder gesetzlichen Rechtsgrund.

8) Vgl. z. B. Hyp.-Ordn. von 1783. II. 13.

9) G. B. O. §. 46. Abs. 2.

1) Vgl. A. G. O. I, 50. §§. 275. 301 und Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §. 25.

2) L. R. I, 16. §§. 2. 3.

3) Anders nach römischem Rechte, welches ein Eintreten des Surrogats nicht kennt. Vgl. Dernburg Pfandrecht II. S. 559.

4) Erstreckt sich aber auch die Hypothek an einem Gebäude auf die Baumaterialien, welche dasselbe bildeten, nach deren Abbruch? Diese Materialien sind beweg-

Digitized by Google

2. Wird im öffentlichen Interesse einem Grundeigenthümer sein Eigenthum entzogen und ihm hiefür eine Abfindung zugewiesen, so tritt dieselbe regelmäßig auch in die dinglichen Belastungen ein, welche auf dem entzogenen Objekte ruhten. Insbesondere gelten bei den Zusammenlegungen von Grundstücken und dem hiermit verbundnen Umtausch durch die Auseinandersetzungsbehörden, desgleichen bei Ablösungen von Rechten die überwiesenen Entschädigungen als Surrogat des ursprünglichen Eigenthums, so daß sie in dessen Rechtsverhältnisse treten, vorbehaltlich der durch die Art des zugewiesenen Objekts — z. B. einer Geldentschädigung — bedingten Modifikationen.[5] Gleichermaßen tritt die Entschädigung, welche in Folge des Grundeigenthumsgesetzes zum Ersatz für expropriirte Grundstücke zugetheilt wird, in deren Rechtsstellung.[6 7]

3. Das Gleiche tritt bei freiwilligen, jedoch verhältnißmäßig unbedeutenden Veränderungen des Bestandes eines Grundstücks ein, welche als den Realinteressenten unschädlich gelten. So bei einem Austausch streitiger Grenzen;[8] ferner bei einem Austausch oder auch Verkauf einzelner Parcellen, falls die Unschädlichkeit desselben von den zuständigen Behörden bezeugt ist.[9] Aehnlich steht es bei einem obrigkeitlich genehmigten Austausch von Bergwerksfeldern.[10]

§. 188. Untergang dinglicher Rechte an Mobilien durch deren Veräußerung Seitens eines Nichtberechtigten.

Eigenthum und andere dingliche Rechte an beweglichen Sachen erlöschen bei uns in zahlreichen Fällen in Folge einer Veräußerung durch einen Nicht-

---

liche Sachen geworden, auf welchen eine Hypothek nicht mehr ausgeübt werden kann. Höchstens kann man eine Fortdauer der Verhypothecirung so lange annehmen, bis sie veräußert und vom Grundstück räumlich getrennt worden sind nach §. 30 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb al. 7. Weiter geht der Aufsatz bei Gruchot Bd. 6. S. 531.

5) L. R. I, 20. §. 458. Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 §§. 147. 148. Vgl. des Näheren Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. I. S. 211 ff.

6) Entsch. des O. Trib. Bd. 24 S. 403 ff. Enteignungsgesetz v. 11. Juni 1874; vgl. oben §. 34 S. 67.

7) Eine Anwendung des allgemeinen Satzes erfolgte in einem Falle, in welchem eine Stadt abgebrannt war und nach einem obrigkeitlich festgestellten Retablissementsplan den Häuserbesitzern statt der alten Hausstätten neue polizeilich angewiesen wurden. Ulrichs Archiv Bd. 9. S. 274 ff.

8) arg. L. R. I, 20. §§. 458. 459. Diese besondere Bestimmung ist auch nach Inkrafttreten der neuen Hypothekengesetzgebung nicht aufgehoben. Vgl. unten §. 192. Anm. 5.

9) Gesetz vom 27. Juni 1860 über den erleichterten Austausch der Grundstücke §. 5. Gesetz vom 3. März 1850 betr. den erleichterten Verkauf kleiner Grundstücke §. 3. G. B. O. §. 71. Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. I. S. 224. Der Uebergang vollzieht sich durch Auflassung.

10) Berggesetz vom 24. Juni 1865 §. 51 Abs. 4. vgl. unten §. 272.

Digitized by Google

berechtigten. Auch in dieser Hinsicht kontrastirt die römische und die deutsche Rechtsauffassung in scharfer Weise.

Der römische Eigenthümer setzte sein Recht an seiner Sache unbedingt Jedem gegenüber durch, welcher dieselbe vom Nichteigenthümer in gutem oder in bösem Glauben entgeltlich oder unentgeltlich erhalten hatte, indem man nicht weiter beachtete, ob die eigne Nachlässigkeit des Eigenthümers an seinem Besitzverluste Theil hatte und ob der Verklagte seinerseits beim Erwerb vom Nichteigenthümer mit entsprechender Vorsicht zu Werke ging. Umgekehrt waltete im deutschen Rechte die Auffassung, daß der Eigenthümer, dessen Unvorsichtigkeit die Schuld trägt, daß seine Sache in die Hand eines Dritten kam, der sie ohne Recht veräußerte, die hieraus entstehenden Nachtheile nicht auf den dritten redlichen Erwerber fallen lassen solle. Doch prägte sich dieser Gedanke nach der Art des deutschen Rechts in sehr von einander abweichenden Rechtssätzen lokal aus. Die eine Gruppe von Rechten verweigerte nach der Regel, „Hand muß Hand wahren," dem Eigenthümer, welcher seine Sache freiwillig aus der Gewahrsam gab, jede Rückforderungsklage gegen Dritte, welchen diese Sache von dem Vertrauensmann des Eigenthümers ohne Recht veräußert war.[1] In gleicher Weise waren vielfach diejenigen Personen, welche von Unberechtigten auf dem Jahrmarkt gekauft hatten, desgleichen die Juden, welche unverholen gekauft oder zum Pfande angenommen hatten, im Interesse der freien Verkehrsbewegung schlechthin gesichert.[2]

Andere Statuten, z. B. das lübische Recht,[3] beließen zwar dem Eigenthümer die Rückforderung seiner unberechtigterweise veräußerten Sache, verpflichteten ihn aber zum Ersatz des Preises, für welchen der Verklagte dieselbe redlicherweise von einer unverdächtigen Person an sich gebracht hatte.

Diese Systeme, beide den Schutz des redlichen Erwerbers bezweckend, aber auf entgegengesetzten Grundlagen beruhend, finden sich nebeneinander im preußischen Rechte. Als allgemeine Regel gilt nach dem Vorbild des lübischen Rechts die Pflicht des Vindikanten zum Ersatz des vom redlichen Erwerber an den unberechtigten Veräußerer Geleisteten, so daß das Recht des bisherigen Eigenthümers nicht verneint, sondern nur in seiner Geltendmachung beschränkt wird. Unter besonderen Voraussetzungen aber wird der von einem Nichtberechtigten redlicherweise Erwerbende gegen jede Vindikation

1) Dagegen war der Eigenthümer befugt, die Rückgabe von „gestohlenem" und „geraubtem" Gut auch von redlichen Besitzern zu verlangen, was man überwiegend auf alle Sachen anwendete, welche ohne Willen des Eigenthümers aus dessen Besitz gekommen waren. Vgl. Laband die vermögensrechtlichen Klagen S. 70 ff. Beseler §. 86. Gerber §. 102.

2) Laband l. c. S. 89.

3) Alt lüb. Recht bei Kraut Grundr. §. 82 n. 44, vgl. auch §. 88 n. 2 u. 3.

Digitized by Google

geschützt, so daß das Eigenthum und die dinglichen Rechte, von denen der Erwerber nichts wußte, erlöschen. Diese besonderen Fälle sind:

1. Wer eine bewegliche Sache entweder vom Fiskus oder in einer öffentlichen Versteigerung erstand, wird deren freier Eigenthümer, auch wenn dem Veräußerer keine Veräußerungsbefugniß zustand.[4] Die Sicherung des Erwerbs vom Fiskus stammt aus dem besonderen römischen Fiskalrecht, diejenige der öffentlichen Versteigerung gründet sich, wenn man sie auch häufig gleichfalls aus dem römischen Rechte ableiten wollte, in deutschen Rechtsanschauungen.

Vor Allem ist hiernach der Käufer aus einer gerichtlichen Auktion, z. B. zum Zwecke der Exekution oder Liquidirung einer Konkursmasse, schlechthin gesichert. Intervenirt bei solchen Auktionen der wirkliche Eigenthümer vor deren Abschluß und kann er seine Rechte bescheinigen, so hindert dies den Fortgang der Versteigerung. Ist er zur Bescheinigung seiner Rechte nicht im Stande, so kann er zwar die Veräußerung nicht hemmen, durch welche er sein Eigenthum verliert, es bleibt ihm aber der Anspruch auf den erlösten Preis für den Fall des Nachweises seines bisherigen Eigenthumsrechts.[5] Oeffentliche Veräußerungen sind aber nicht bloß die gerichtlichen, vielmehr auch andere,[6] durch einen konzessionirten Auktionator veranstaltete Auktionen und selbst durch Private abgehaltene Versteigerungen, wenn denselben genügende öffentliche Ankündigungen vorhergingen und Jedermann zu denselben Zutritt hatte.[7]

Den Erwerber schützt hier die Oeffentlichkeit, selbst wenn er wußte, daß die Sache dem Versteigernden nicht gehörte, da im Fall seiner Enthaltung vom Bieten die Sache gleichwohl ihren Fortgang hätte.

2. Des weiteren sichert das Landrecht gemäß deutschrechtlicher Anschauung den redlichen Erwerb von Mobilien aus dem Laden eines Kaufmanns, welcher die Gilde gewonnen hatte.[8]

---

4) L. R. I, 15 §. 42, vgl. l. 2. l. 3 C. de quadriennii praescriptione 7, 37, Arndts in der Gießener Zeitschrift f. C. u. Pr. Bd. 19 S. 3 ff.

5) So A. G. O. I. 24. §. 75 ff. Ganz anders l. 15. §. 4. D. de re iudicata 42, 1.

6) Exner Tradition S. 67 versteht im Gegentheil unter der öffentlichen Versteigerung des östr. G. B. §. 367 nur eine gerichtliche.

7) Die Vorschrift des §. 42 findet nur auf die Veräußerung von Mobilien, nicht auf die von Immobilien Anwendung. Es ergiebt sich dies namentlich aus L. R. I, 2 §. 137, wo die Regel „nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet" an die Spitze gestellt wird und hiervon nach §. 138 nur für bewegliche Sachen Ausnahmen anerkannt werden, dies unter Allegation von L. R. I, 15 §. 42 ff. Vgl. Entsch. d. Obertrib. Bd. 30 S. 69. Präj. 2614. Die Frage war insbesondere für die Fälle nothwendiger Subhastation wichtig. In Folge der neuen Subhastationsordnung aber ist der Adjudikatar ohnehin genügend geschützt. S. unten §. 189 a. E.

8) L. R. I, 15 §. 43, dies galt nicht vom Meß- und Marktverkehr §. 44.

Digitized by Google

3. Geldstücke sind dann nicht mehr vindicirbar, wenn sie durch Vermischung mit anderen ihre individuelle Erkennbarkeit verloren haben.[9] Es folgt dies mit Nothwendigkeit daraus, daß die nicht mehr unterscheidbare Species als solche im Rechtssinne untergegangen ist. Während dies aber nach römischem Rechte ohne Unterschied galt, ob der Besitzer redlich oder unredlich war, kommt bei uns jener der Logik des Rechts entsprechende Satz nur bei dem Besitzer zur Anwendung, welcher das Geld unredlicherweise[10] oder ohne Entgelt erwarb. Denn gegen andere redliche Besitzer ist die Vindikation des Geldes wie auch des Papiergeldes, der Banknoten und der Inhaberpapiere schon mit dem Augenblicke des Empfangs ausgeschlossen. Dies auch, wenn sich das Geld noch unvermischt, z. B. in den Rollen oder Beuteln, vorfindet, in denen es sich bei der Ablieferung befand.[11]

Hieran schließt sich der theilweise noch weiter gehende Schutz des redlichen Verkehrs durch das deutsche Handels- und Wechselrecht.[12]

1. In Folge desselben ersetzt der gute Glaube des Erwerbers den Mangel des Eigenthums seines Rechtsvorfahrs, falls dieser Kaufmann war und eine ihm nicht gehörige bewegliche Sache bei Betrieb seines Handelsgeschäfts veräußerte oder verpfändete und übergab. Geschah die Uebergabe der Sache zu Eigenthum, so wird der Empfänger trotz jenes Mangels Eigenthümer und zwar frei von allen Lasten, von denen er beim Erwerb keine Kenntniß hatte, geschah sie zum Pfande, so entsteht ein gültiges Pfandrecht, welches allen Rechten an der Sache vorgeht, die der Pfandnehmer nicht kannte. Dies gilt aber nicht für gestohlene oder verlorene Sachen, so lange sie nicht in die Gewalt des Bestohlenen oder Verlierenden zurückgelangt sind.[13]

---

9) l. 78. D. de solut. 46, 3. Pagenstecher Eigenthumsrecht II. S. 360.

10) Plathner leugnet, daß diese Anwendung zu Gunsten des unredlichen Besitzers bei uns zu machen sei. Geist des preußischen Privatrechts 2. S. 235. Das Gegentheil geht aber aus A. G. O. I. 50. §. 297 hervor, vgl. Koch Kommentar zu L. R. I, 15 §§. 45. 47.

11) L. R. I, 15 §. 45 ff. Der Kläger hat zur Begründung der Vindikation die Unredlichkeit des Verklagten darzuthun Striethorst Bd. 97 S. 165.

12) H. G. B. Art. 306 u. 307. Ueber die Entstehungsgeschichte der Art. 306 und 307 des H. G. B. s. Anschütz in seinem u. Völderndorffs Kommentar Bd. III. S. 145 ff. Vergl. ferner über diese Artikel Goldschmidt Zeitschrift f. H. R. VIII. S. 225 ff. IX. S. 1 ff. Goldschmidt Handelsrecht §. 79 ff.

13) H. G. B. Art. 306. Einzelnes 1. Kaufmann ist gemäß Art. 4 des H. G. B., wer gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt. 2. Zum Handelsbetrieb gehören nach Art. 274 im Zweifel alle von einem Kaufmann geschlossenen Verträge. Dies bezieht sich jedoch nicht auf Schenkungen. Nach Art. 273 Abs. 3 sollen Weiterveräußerungen von Handwerkern — die doch meist zugleich als Kaufleute anzusehen sind —, insoweit dieselben nur in Ausübung ihres Handwerksbetriebes geschehen, nicht als Handelsgeschäfte zu betrachten sein. Es ist hiernach zweifelhaft, ob der Schutz des Art. 306 sich auch auf solche Geschäfte der Handwerker erstreckt. Doch läßt sich die

Digitized by Google

2. Der redliche Empfänger von Inhaberpapieren zu Eigenthum oder Pfandrecht wird, wie schon das Landrecht bestimmte, Eigenthümer oder pfandberechtigt, auch wenn sein Vorfahr kein Veräußerungs- oder Verpfändungsrecht hatte.[14] Dies auch dann, wenn der Letztere kein Kaufmann war oder wenn er nicht bei Gelegenheit seines Gewerbebetriebs handelte oder wenn

---

Frage bejahen, da dergleichen Geschäfte, wenn sie auch nicht Handels*geschäfte* sind, doch zu dem Handels*betrieb* mitgerechnet werden können. Vgl. Goldschmidt Handelsrecht §. 80 Anm. 11. Anschütz II. S. 155. 3. Hinsichtlich des Begriffs der Uebergabe sind die allgemeinen Grundsätze der Besitzübertragung maßgebend. Demnach genügt auch eine sogenannte symbolische Uebergabe, z. B. durch Konossement, selbst constitutum possessorium. Nur wird letzteres Geschäft leicht ein Argument gegen die Redlichkeit und Ernstlichkeit des Erwerbs bilden. Goldschmidt l. c. §. 80. Anm. 14, Anschütz l. c. S. 157 sind anderer Ansicht, namentlich hinsichtlich des constitutum possessorium, denn wenn Eigenthümer und Erwerber derselben Person vertraut hätten, so müsse das Eigenthum den Vorzug haben, dazu komme die Nothwendigkeit, die mögliche Kollusion schlechthin auszuschließen. 4. Wir dürfen nach der ratio des Gesetzes annehmen, daß dasselbe solche Rechte Dritter nicht schmälern wollte, welche in einem thatsächlichen Verhältniß und in einem Retentions- oder Perlustionsrecht einen besondern Rückhalt, wie auch eine gewisse Erkennbarkeit haben. Es gilt dies namentlich hinsichtlich des Rückhaltungsrechts des Vermiethers, Verpächters. So wird sich auch der von Fitting in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 18 S. 333 besprochene Fall erledigen lassen. 5. Grobes Verschulden steht der Redlichkeit des Erwerbs entgegen. L. R. I, 7 §. 13. D. W. O. Art. 74. Vgl. Anschütz Kommentar II. 148. 6. Zweifelhaft ist, in welchem Momente guter Glaube vorhanden sein muß. Bei Abschluß des Veräußerungsgeschäfts? oder bei der Tradition? oder in beiden Momenten? Der Moment der Besitzerwerbung entscheidet aus denselben Gründen, wie bei der bona fides des Ersitzenden; vgl. oben §. 174 Anm. 2. Im Falle einer Vertretung ist zwischen allgemeiner und specieller Vollmacht zu unterscheiden; vgl. oben §. 113 Anm. 8. — 7. Das Gesetz ignorirt in Folge des guten Glaubens das Nichteigenthum des Veräußerers. Das Gleiche muß auch von dinglichen Beschränkungen seiner Verfügungsmacht gelten. Dagegen werden Mängel, die in seiner persönlichen Handlungsfähigkeit liegen, z. B. er verkauft im Wahnsinn, nicht geheilt. — 8. Der redliche Erwerber ist richtiger Ansicht nach auch geschützt, wenn auf der Sache ein gesetzliches oder gerichtliches Veräußerungsverbot, insbesondere ein Arrest lastet. Vgl. oben §. 146 S. 318 u. A. G. O. I. 29 §. 83. Anderer Ansicht ist Goldschmidt §. 80 Anm. 25 mit Rücksicht auf die im öffentlichen Interesse begründete zwingende Kraft dieser Verbote. Aber auch die bezügliche Norm des H. G. B. ist im öffentlichen Interesse getroffen und verlöre durch eine Ausnahme zu Gunsten der Arreste sehr an Bedeutung. 9. Die Ausnahme, wonach der redliche Erwerber gestohlenen oder verlorenen Gutes nicht geschützt wird, ist auf alle Fälle zu beziehen, in welchen der Besitzverlust *gegen* den Willen des Besitzers eintrat, dessen dingliche Rechte erlöschen sollen. Aehnlich Goldschmidt Handelsrecht S. 821 ff. Aber unrichtig ist es, die Vindikation, wie Goldschmidt S. 822 Anm. 7 thut, selbst da zuzulassen, wo der Besitzverlust auf wesentlichem Irrthum, Verwechslung beruht, da sich hier der *Besitz*verlust doch immerhin auf einen Willensakt des Eigenthümers gründet. 10. Für Seeschiffe, welche überhaupt vielfach Grundsätzen des Immobiliarsachenrechts unterliegen, gilt der Grundsatz des Art. 306 nicht. So nach Art. 758 Abs. 2 und mit Berufung auf das bisherige Recht Goldschmidt H. R. S. 830.

14) Nach dem Wortlaut des Art. 307 des H. G. B. wird durch den redlichen Erwerb nur der Mangel des Eigenthums des Veräußerers gedeckt, nach dem Sinne auch die etwaige dingliche Beschränkung desselben beseitigt. Nicht geheilt wird die persönliche Verfügungsunfähigkeit des Veräußerers. Auch sie wird aber bei uns gedeckt durch die weitergehende Bestimmung von L. R. I, 15 §. 47, wonach solche Papiere „vom redlichen Besitzer nicht zurückgefordert werden können."

Digitized by Google

die fraglichen Papiere gestohlen oder verloren waren. Jedoch beziehen sich diese Bestimmungen nicht auf solche Papiere,[15] welche in gehöriger Weise außer Umlauf gesetzt sind, da sie in Folge dessen nicht mehr als Papiere auf den Inhaber anzusehen sind.[16] Sie kommen auch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht zu Gute demjenigen, welcher nachweisbar solche Papiere ohne Entgelt erwarb.[17] [18]

3. Nach der deutschen Wechselordnung endlich ist die Eigenthumsklage auf Wiedererlangung eines abhanden gekommenen Wechsels nur dann gegen dessen Besitzer zulässig, wenn dieser nicht durch die Reihenfolge der Indossamente äußerlich legitimirt ist, oder wenn er den Wechsel, nach dessen Wortlaut er äußerlich legitimirt erscheint, in bösem Glauben oder unter grober Fahrlässigkeit erworben hat, indem er z. B. Kenntniß davon hatte, daß der in blanco indossirte Wechsel gestohlen oder daß ein Indossament, auf welches er sich stützt, gefälscht ist.[19] Wer also auf Grund äußerlich zureichender Legitimation redlicherweise einen Wechsel erwirbt, wird dessen Eigenthümer, auch wenn seinem Vorfahr das Uebertragungsrecht fehlte.[20] Dieselben Bestimmungen gelten auch für andere indossable Papiere.[21]

Dem Rechtsnachfolger kommt überall die Redlichkeit seines Vorfahrs zu Gute, auch wenn er wußte, daß dieser die Sache vom Nichteigenthümer erworben hatte. Denn es gehen auf ihn die Rechte seines Autors über, durch welche die früher bestehenden Rechtszustände bereits umgestaltet waren.[22]

---

15) Vorausgesetzt ist, daß die Urkunde die Eigenschaft des Inhaberpapiers nach den gesetzlichen Anforderungen hat. Bloße s. g. Legitimationspapiere, z. B. Sparkassenbücher haben die Rechte der Inhaberpapiere nicht, vgl. unten Bd. 2 §. 88 Anm. 4.

16) Vgl. Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch Art. 15.

17) Diese Ausnahme wird freilich nur vom L. R. I, 15 §. 46 gemacht, nicht aber ausdrücklich im Art. 307 des H. G. B., sie liegt jedoch in der Tendenz auch dieses Gesetzes, welches doch nur den redlichen Verkehr schützen will. Der A. findet z. B. ein Inhaberpapier des B. und schenkt es, ohne ihr den Hergang mitzutheilen, seiner Ehefrau. Sollte die Vindikation des B. ausgeschlossen sein?

18) Natürlich bezieht sich der Erwerb nicht bloß auf das Papier, sondern auch auf das an dasselbe geknüpfte Forderungsrecht; vgl. unten Bd. 2 §. 88 Anm. 9.

19) W. O. Art. 36. 74.

20) Ob die Papiere gestohlen, ob sie von einem Nichtkaufmanne erworben sind, ist gleichgültig.

21) H. G. B. Art. 305.

22) Vgl. H. G. B. Art. 306 Abs. 2. Doch stützen wir uns weniger auf den Wortlaut „zum Nachtheil des redlichen Pfandnehmers oder dessen Nachfolger" als auf die Rechtskonsequenz. Ist die spätere Kenntniß vom Nichtrecht seines Autors beim redlichen Erwerber selbst ohne Einfluß, so kann dieselbe auch bei seinem Nachfolger nicht wirken. Eine Dolusklage ist freilich nicht schlechthin ausgeschlossen, z. B. der unredliche Besitzer verkauft als Kaufmann und kauft wieder zurück.

Digitized by Google

§. 189. Aufgebot und Ausschluß der Realberechtigten.[1]

Die zahlreichen stillschweigenden Hypotheken wie die unbedingte Zulässigkeit der vertragsmäßigen Generalhypotheken machte es in der römischen Kaiserzeit zum Bedürfnisse, einen Weg zu eröffnen, durch welchen der Käufer eines Grundstücks möglichst gegen die Gefahr einer künftigen Entwährung durch unbekannte Hypothekarien geschützt wurde. Man fand denselben darin, daß man dem Verkauf des Grundstücks eine öffentliche Aufforderung an die Gläubiger vorhergehen ließ, etwaige ihnen zustehende Pfandansprüche anzumelden. Jeder, welchem die Aufforderung zur Kenntniß kam, wohin im Zweifel jeder am Orte Anwesende gerechnet wurde, hatte sich dann bei Strafe, daß er als verzichtend auf sein Pfandrecht angesehen wurde, vor dem Verkaufe zu melden.[2]

Was in Rom der Verkäufer privatim zu thun pflegte, geschah in Deutschland durch das Gericht, welches auf Antrag Ediktalien an die unbekannten Realprätendenten erließ, und was dort nur auf die Vermuthung des Verzichts sich gründete, wurde hier formelle Folge des Präklusionsurtheils, mittels dessen das Gericht die unbekannten Realprätendenten ein- für allemal ausschloß.

Dies solchergestalt sich ausbildende Aufgebotsverfahren war, so lange noch gesetzliche Hypotheken bestanden, ein fast unentbehrliches Hülfsmittel für den Erwerber eines Grundstücks, welcher sich Klarheit über dessen Schuldenstand verschaffen wollte. Ebenso nothwendig war es, um den Erwerber gegen etwaige Eigenthumsansprüche völlig sicher zu stellen.[3] Nachdem sich aber die Einrichtung des Grundbuchs vervollkommnet hat, und der öffentliche Glaube des Buchs den Erwerber genügend schützt, ist das Aufgebotsverfahren nur in selteneren Fällen eine Nothwendigkeit.[4]

a) Dasselbe kommt namentlich dann noch zur Anwendung, wenn für ein Grundstück, welches bisher nicht im Grundbuch verzeichnet war, ein Grundbuchblatt angelegt werden soll, falls der Antragsteller sein Eigenthumsrecht, welches hierbei einzutragen ist, nicht unmittelbar vollständig darzuthun im Stande ist. Der Besitzer muß in diesem Falle, um das Aufgebotsverfahren zu beantragen, den Erwerb des Grundstücks durch eine öffentliche Urkunde bescheinigen oder mindestens durch eine Bescheinigung der Ortsbehörde nachweisen, daß er das Grundstück eigenthümlich besitze.[5]

---

1) A. G. O. I. 51. §. 99 ff. von Aufgeboten liegender Gründe. L. R. I. 15 §. 54.
2) l. 6. C. de remissione pignorum 8, 26. Dernburg Pfandr. II. S. 551.
3) Hypothekenordnung von 1783 II. §. 95.
4) A. G. O. I. 51. §. 1. §. 99 ff.
5) G. B. O. §. 135 übereinstimmend mit der Kab. O. vom 9. Mai 1839 n. I sub 2.

Digitized by Google

b) Auch dann, wenn das Grundstück zwar im Grundbuche steht, aber auf den Namen eines Eigenthümers eingetragen ist, welcher notorisch nicht mehr Eigenthum hat, kann der Besitzer, welcher seine Eintragung als Eigenthümer beantragt, zur Ergänzung seiner Legitimation ein Aufgebotsverfahren bewirken, was namentlich nöthig ist, wenn das Grundstück seit der letzten Eintragung durch mehrere Hände gegangen ist.[6] [7] Ueberhaupt ist der Zweck des Aufgebotsverfahrens, wenn ein Grundbuchblatt einmal angelegt ist, hauptsächlich den derzeitigen Inhaber eines im Hypothekenbuche verzeichneten Rechtes festzustellen, falls dasselbe von dem dort Eingetragenen bereits auf andere Personen übergegangen ist, welche sich nicht eintragen ließen. In ganz genereller Weise ist außerdem, um alle denkbaren Fälle zu decken, der Grundsatz des älteren Rechts, wonach mit jeder nothwendigen Subhastation ein Aufgebot der unbekannten und der Ausschluß der sich nicht meldenden Realprätendenten nothwendig verbunden war,[8] [9] durch die neueste Subhastationsordnung wieder aufgenommen worden. Denn es muß das Subhastationspatent jetzt stets die Aufforderung enthalten, daß alle diejenigen, welche Eigenthum oder andere zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung in das Hypothekenbuch bedürfende, aber nicht für sie eingetragene Realrechte geltend zu machen haben, dieselben bei Vermeidung des Ausschlusses bis spätestens im Versteigerungstermine anmelden.[10]

Der Ausschluß betrifft stets nur *unbekannte* Realprätendenten. Demnach nicht solche, die im Grundbuche verzeichnet sind, ebensowenig die soge-

---

6) Gesetz vom 7. März 1845 zur Erleichterung des Verfahrens bei Berichtigung des Besitztitels. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. Recht Bd. I S. 309. Ob die Bestimmungen jenes Gesetzes neben dem neuen Grundbuchrecht gelten, ist bestritten. Die neuern Ordnungen haben sie nicht ausdrücklich aufgenommen, ja die Motive zum Regierungsentwurf §. 49 der G. B. O. scheinen sie abzulehnen. Sie sind aber unentbehrlich, da andernfalls dem Eigenthumsbesitzer die Möglichkeit der Eintragung im Grundbuch und der hypothekarischen Belastung seines Grundstücks versperrt bliebe durch einen im Grundbuch grundlos stehenden, materiell bedeutungslosen Vermerk. Als ein nothwendiges Mittel zur Wegräumung eines störenden Residuums, als etwas, was durch die Eigenthümlichkeit der Institution gefordert wird, muß daher die Praxis derartige Aufgebote nach wie vor zulassen. In diesem Sinn steht §. 143 der G. B. O. nicht entgegen.

7) Besitz ist stets zum Antrag erforderlich. Kab. Ordre vom 9. Mai 1839. A. G. O. I. 51, §. 100. Zwar ließ das Obertribunal Entsch. Bd. 22 S. 214 ein Aufgebot durch den Nichtbesitzer zu. Vgl. dagegen aber Koch L. R. I, 15. §. 54. Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. I. S. 309.

8) Vgl. Hyp. Ordn. von 1783 II. §. 93—100.

9) Das Landrecht hielt eine solche von Amtswegen erlassene Aufforderung für entbehrlich, da ein Realrecht nur durch Erkennbarkeit oder Besitz begründet werden könne, also ohnehin erkennbar sei. Allein gerade diese Erkennbarkeit durch Besitz war doch nicht genügend.

10) Subhastationsordnung vom 15. März 1869 §. 13 sub 7. §. 43. Vgl. hierzu jetzt §. 12 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb von 1872.

Digitized by Google

nannten gemeinen, auf der lokalen Verfassung beruhenden Lasten, welche Jedermann als bekannt gelten.[11] Endlich bezieht er sich auch nicht auf diejenigen Rechte, welche dem Antragsteller nachweisbar speciell bekannt waren, so daß er in Bezug auf sie nicht in redlichem Glauben war.

Der Ausschluß geschieht durch Erkenntniß, nachdem der Termin für die Anmeldung abgelaufen ist.[12]

III. Die Grundbuchverfassung.

§. 190. Widerstreit des deutschen und römischen Rechts.[1]

Das spätere römische Recht hatte keinerlei Veranstaltung getroffen, um den Rechtszustand der Grundstücke Dritten erkennbar zu machen. Für die Frage, wer Eigenthümer sei, mochte der Besitz einen — freilich oft unzuverlässigen — Fingerzeig abgeben. Für die hypothekarische Belastung der Grundstücke hingegen fehlte jeder äußere Anhalt, da es vielmehr den Tendenzen der römischen Kaiserzeit entsprach, den Schuldenstand der Grundbesitzer Dritten gegenüber geheim zu halten. Hierin änderte auch der Vorzug der öffentlichen und quasi-öffentlichen Pfandrechte vor solchen, die in bloßen Privaturkunden niedergelegt waren, nichts Wesentliches. Denn es genügte zur Herstellung eines quasi-öffentlichen Pfandrechts die Zuziehung von drei Zeugen bei der Pfandbestellung, so daß der Zweck dieses Vorzugsrechts nur dahin ging, fälschliche Zurückdatirungen in Pfandurkunden unschädlich zu machen,[2] und nicht Herstellung wahrer Oeffentlichkeit für alle Interessenten war. Bei diesem Zustande war der Käufer, welcher ein Grundstück erwerben, und der Gläubiger, welcher eine Hypothek nehmen wollte, zu

---

11) Hyp. Ord. I. §. 48.

12) Vorbehalten ist nur die gegen die Kontumacialerkenntnisse zulässige Restitution. A. G. O. I. 14. §. 69 ff. Die R. C. P. O. §. 834 kennt eine Anfechtungsklage.

1) Die jetzt maßgebenden Gesetze sind das über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1872 und die Grundbuchordnung von demselben Tag, neben welchen noch Bestimmungen des Landrechts, namentlich des Th. I Tit. 20 in Kraft sind. Auch das Ausführungsgesetz zum deutschen Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878 schlägt theilweise ein, die älteren Quellen siehe im §. 191. — Die Litteratur ist seit der Publikation der Grundbuchgesetze des Jahres 1872 eine reichhaltige geworden. Es gehört hierher Förster Preußisches Grundbuchrecht 1872, die Kommentare der Gesetze von Achilles, 2. Ausg. 1873 und Bahlmann 2. Ausg. 1872, und der reichhaltige Kommentar von Turnau die Grundbuch-Ordnung vom 5. Mai 1872, 2. Aufl. 1878, 2 Theile; endlich Dernburg und Hinrichs das preußische Hypothekenrecht Bd. 1. Berlin 1877, ein Bestandtheil der Sammlung der deutschen Hypothekenrechte herausgegeben durch von Meibom. Eine vollständige Angabe der Litteratur des Grundbuchrechts findet sich bei Turnau a. a. O. S. 1 ff. vgl. auch Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. Bd. 1 S. 79.

2) Vgl. Dernburg Pfandrecht II. S. 417 ff., insbesondere S. 425 ff.

Digitized by Google

einer Prüfung sämmtlicher Dokumente, auf welche sich das Recht des Rechtsvorfahrs gründete, genöthigt und er mußte sich zudem auf die Wahrhaftigkeit des Uebertragers verlassen können, welche freilich in der auf dolose Verschweigung von Hypotheken gesetzten Strafe des Stellionats eine besondere Gewähr hatte.[3] Dem Käufer kam außerdem noch einigermaßen zu Hülfe das Recht, die hypothekarischen Gläubiger durch Aufgebot zur Anmeldung zu nöthigen.[4]

Dagegen war es Bestreben des älteren deutschen Rechts, dem Akte der freiwilligen Veräußerung und Verpfändung der Grundstücke dadurch Oeffentlichkeit zu geben, daß man denselben an der Dingstätte des Bezirks der belegenen Sache öffentlich vollzog. Insbesondere wurde für die Veräußerung der Grundstücke seit dem späteren Mittelalter die Auflassung gewöhnlich,[5] bei welcher der bisherige Eigenthümer mit dem Erwerber vor dem Gericht der belegenen Sache erschien und der Erstere dem Letzteren das Grundstück mittels förmlicher Erklärung übereignete, woran sich eine richterliche Bekräftigung der Auflassung anschloß. Auch die ältere Form der Pfandbestellung durch eigentliche Satzung vollzog sich meist mittels solcher Auflassung, und bei der späteren Satzung war wenigstens die gerichtliche Form der Begründung die Regel.[6] Allerdings behaupteten sich zunächst bei der Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland diese deutschrechtlichen Sätze nur durch statutarische Satzungen. Ja es wurden in der Mark Brandenburg die durch Brief und Siegel beurkundeten Hypotheken den öffentlichen als gleichstehend erachtet.[7] Auch hat man die gemeinrechtliche Uebertragungsform des Eigenthums an Grundstücken, die Tradition wenigstens grundsätzlich anerkannt. Aber vom Ende des siebzehnten Jahrhunderts an begann in der preußischen Monarchie behufs Hebung des Realkredits eine Rückkehr zu deutschrechtlichen Anschauungen, wenn auch in veränderter, einem entwickelteren Verkehr entsprechender Weise. Den Anstoß scheint die Entwicklung des sächsischen Rechts gegeben zu haben. Insbesondere war wohl von Gewicht die decisio 61 vom Jahre 1661, welche für die churfächsischen Lande die Streitfrage, ob die Extrajudicialübergabe der Grundstücke zur Eigenthumsübergabe genüge, oder ob Zuschreibung und Belehnung durch das Gericht erfordert werde, der überwiegenden Observanz nach dahin entschied, daß der Besitzerwerber vor der Zuschreibung und Belehnung vor keinen Eigenthumsherrn geachtet werden solle.[8]

---

3) l. 3. §. 1. D. stellionatus 47, 20. 4) Oben §. 189 Anm. 2.

5) Vgl. Kraut Grundriß §. 78. Gerber §. 89.

6) Gerber §. 149.

7) Landeskonstitution v. J. 1594 Th. 2 Art. 19 Nr. 12. C. C. M. VI. 3. S. 82

8) Die Streitfrage war vorzugsweise zwischen den Juristen Franzkius und Carpzov verhandelt worden und wurde in des Letzteren Sinne entschieden.

Digitized by Google

§. 191. Preußische Gesetzgebung über das Grundbuchwesen bis 1872.[1]

Folgende Gesetze sind es vornehmlich, durch welche sich das preußische Grundbuchrecht seit dem Ende des siebzehnten Jahrhunderts gestaltete.

1. Zum Vorbild der späteren Landesgesetzgebung wurde ein municipales Gesetz — das Edikt vom Erb- und Lagerbuch in den Residenzstädten Berlin, Cölln u. s. f. vom 28. September 1693. Dieses Edikt verordnete die Errichtung eines städtischen Erb- und Lagerbuchs, in welches alle im Weichbild der Residenzstädte liegenden Gründe einzeln mit Angabe des Besitzers und der Hypothekengläubiger verzeichnet werden sollten, verlangte ferner die Eintragung jedes neuen Erwerbstitels in denselben bei dem Rechtsnachtheil, daß derselbe sonst für nichtig zu halten sei, und knüpfte endlich die Dinglichkeit der Hypotheken, der gesetzlichen wie der vertragsmäßigen, schlechthin an ihre Eintragung. Nur nach und nach gelangte das Gesetz in Berlin selbst zur praktischen Ausführung.[2] Ein Versuch Friedrichs I., dasselbe auf die übrigen Landestheile auszudehnen, scheiterte vorzugsweise daran, daß man an die Eintragungen hohe Steuern knüpfen wollte.[3] Immerhin drang die Beseitigung des römischen Vorrechts der vor Notar und Zeugen außergerichtlich errichteten Hypotheken, der sogenannten pignora quasi publica, durch,[4] womit die gerichtliche Hypothek erhöhte Bedeutung gewann.

2. Erst der Thätigkeit Friedrich Wilhelms I. war es vorbehalten, die Grundlagen des preußischen Grundbuchwesens zu legen. Es geschah dies durch die für die gesammte Monarchie — mit Ausnahme des Königreichs Preußen, in welchem durch dessen Landrecht besondere Vorkehrung getroffen war[5] — erlassene, das Kreditrecht im Ganzen umfassende, aber für den Realkredit vorzugsweise wichtige Hypothek- und Konkursordnung vom 4. Februar 1722.[6] Durch dieselbe wurde jeder Gerichtsobrigkeit aufgelegt, ein vollständiges Grund- und Hypothekenbuch nach dem beigegebenen Formulare einzurichten. In dasselbe sollten alle unbeweglichen Güter mit Beschreibung der Straße oder Gegend, wo sie gelegen, dem Namen des Besitzers, dem titulus possessionis, dem Werth, wie hoch er das unbewegliche Stück an sich gebracht, der etwaigen Schätzung in der Brandsocietät, den darauf haftenden

---

1) Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. I. S. 6 ff.

2) C. C. M. II. 2 n. XI. Vgl. n. XIII und auch n. XVII Art. 33.

3) C. C. M. II. 2 n. 21 und 22 vom 20. September und 22. November 1704.

4) C. C. M. II. 2 n. XIII.

5) Hierfür ist zu vergleichen das Landrecht von 1721 p. II. 4. Buch. Tit. VI. Art. 7 §. 1. p. II. 4. Buch. Tit. V. Art. 5.

6) C. C. M. II. 2 n. 39 p. 104. Dazu Projekt des codicis Fridericiani Marchici Th. 4 Tit. 9 §§. 52. 69. 75. 96. 129. 131.

Digitized by Google

Schulden verzeichnet werden. Jeder neue Erwerber wurde verpflichtet, seinen Besitztitel eintragen zu lassen, so daß derselbe, bis dies geschehen war, als ungültig und nichtig angesehen wurde. Nicht gerichtlich ingrossirte Hypotheken wurden zwar nicht schlechthin für ungültig erklärt, aber für die Regel den gerichtsöffentlichen d. h. im Grundbuch des Jurisdiktionsbezirks auf das Grundstück eingetragenen Hypotheken nachgesetzt.

Demnach vollendete sich nach diesem Gesetze der dingliche Rechtserwerb in gewissem Sinne erst durch die Eintragung, so daß der Rechtsvorfahr bis zu derselben noch zum Nachtheil des Nachfolgers dinglich verfügen konnte. Fremd war dagegen noch dieser Hypothekenordnung der Gedanke des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, wonach auch derjenige gesichert ist, welcher gutgläubig von demjenigen Eingetragenen erwirbt, der ohne Rechtsgrund die Eintragung erlangt hat.

3. Nach der Eroberung Schlesiens wurde die preußische Hypothekenverfassung auf die neu erworbene Provinz übertragen durch die schlesische Hypothekenordnung vom 4. August 1750, welche die Bestimmungen der ältern Ordnung größtentheils übernahm, außerdem aber durch zahlreiche Zusätze ergänzte. Sie sollte auch in den andern Provinzen zur Anwendung kommen, soweit ihre Bestimmungen zur Sicherheit der Gläubiger dienlich und applikabel wären.[7]

4. Die Umarbeitung der Hypothekenordnung gehörte zu dem Plan der Kodifikation Friedrichs des Großen und schloß sich unmittelbar an die durch von Carmer veranlaßte Proceßreform an. Diese Arbeit fiel Suarez anheim, dessen durchdachter, klarer und gefälliger Entwurf am 20. December 1783 als allgemeine Hypothekenordnung für die gesammten königlichen Staaten von Friedrich dem Großen vollzogen wurde.[8 9]

Der Zweck dieser Hypothekenordnung war nur, eine größere Gleichförmigkeit der Behandlung der Hypothekensachen in den verschiedenen Provinzen des Staates herbeizuführen, und den Gerichten deutliche und vollständige Anweisungen über die Einrichtung der Bücher und das Verfahren bei den Eintragungen zu geben; Aenderungen des materiellen Rechts wurden

---

7) Contin. IV. des C. C. M. p. 263.

8) Die im Justizministerium aufbewahrten, nicht veröffentlichten Materialien zur Hypothekenordnung sind in zwei Bänden vereinigt. Der eine enthält ein von dem Obertribunalsrath Germershausen verfaßtes Projekt, welches von Suarez benutzt wurde, der andere die Entwürfe von Suarez selbst. Vgl. auch Simons Bericht in Mathis Bd. XI. S. 191 ff.

9) Unter den Ausgaben der Hypothekenordnung ist hervorzuheben, Förster, allgemeine Hypothekenordnung. Berlin 1861.

Digitized by Google

dem künftigen Gesetzbuche vorbehalten.[10] Das Princip der Legalität wurde aber folgerecht durchgeführt, so daß Eintragungen nur nach vorgängiger Prüfung der zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte zulässig sein sollten.

5. Tiefer greifende Aenderungen brachte erst das Landrecht selbst. Insbesondere hat dasselbe den Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuchs zum erstenmale zur Geltung gebracht, indem der im Hypothekenbuch eingetragene Besitzer in allen mit einem redlichen Dritten geschlossenen Verhandlungen als Eigenthümer angesehen werden soll, ohne daß dem wahren Berechtigten eine Anfechtung derselben offen steht.[11]

Ferner enthält das Landrecht den durchgreifenden Satz, daß nur durch die wirkliche Eintragung in die öffentlichen Bücher eine Hypothek erworben werde.[12]

6. Auf der Hypothekenordnung von 1783 und dem Landrechte ruhte die preußische Grundbuchverfassung bis in die neueste Zeit. Zahlreiche Verordnungen, Reskripte, die Praxis bildeten dieselbe ins Einzelne hinein aus. Auch wurde sie nach dem Jahre 1815 in den damals zurückerworbenen und neuverbundenen Provinzen, soweit in denselben das preußische Landrecht in Kraft trat, eingeführt.[13] Einen Fortschritt vermittelte insbesondere das Einführungsgesetz für Westphalen, da nach demselben den Hypothekenbüchern der Steuerkataster zu Grunde gelegt wurde.

Eine gewisse Umständlichkeit der Behandlung der Sache, welche mehr dem Charakter des vorigen Jahrhunderts, als unserer raschlebigen Zeit entsprach, wurde beseitigt durch das Gesetz vom 24. Mai 1853 betreffend einige Abänderungen der Hypothekenordnung.[14]

---

10) Daher hat z. B. die Hypothekenordnung von 1783 die nicht eingetragenen gesetzlichen Hypotheken, wo solche noch bestanden, nicht beseitigt. Hyp. Ordn. II. §. 187. Auch ist das Princip des öffentlichen Glaubens des Buchs, wonach redliche Dritte sich schlechthin auf die Eintragung verlassen können, der Hypothekenordnung richtiger Ansicht nach noch fremd. Daher nach Hyp. Ord. II. §§. 93 und 95, vgl. §. 103, der Erwerber nur dann gesichert ist, wenn er ein Grundstück im Wege einer nothwendigen Subhastation an sich brachte oder nach nachgesuchtem Aufgebot ein Präklusionsurtheil erlangte. Anderer Meinung sind freilich die Meisten — vgl. auch Exner, Publicitätsprincip S. 19 — nach Hyp. Ordn. II. §. 55 und §. 92, welche aber nur davon handeln, daß der Eingetragene zu Verfügungen beim Hypothekenbuche legitimirt ist, ohne über die Rechtsbeständigkeit derselben zu bestimmen.

11) L. R. I, 10. §. 7 ff. Vgl. I, 19 §. 4. I, 20 §. 410. Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. I, S. 22.

12) L. R. I, 20 §. 411. Vgl. a. a. O. §. 10.

13) In Posen durch das Patent vom 4. April 1818, in Sachsen durch die Verordnung vom 16. Juni 1820, in Westphalen durch die Verordnung vom 31. März 1834.

14) Die erste Anregung war durch die Ordre vom 19. Juli 1841 geschehen, welche eine Berathung der Maßregeln anordnete, wodurch die Bearbeitung des Hypothekenwesens weniger schwierig und die Dokumente einfacher und übersichtlicher gemacht werden könnten.

Digitized by Google

§. 192. Die Gesetze über das Grundbuchwesen vom 5. Mai 1872.

Die Hypothekennovelle von 1853 brachte die seit längerer Zeit gehegten Reformwünsche nicht zum Schweigen, welche theils in technischen Mängeln der Grundbuchverfassung ihre Veranlassung hatten, theils aus dem Wunsche hervorgingen, durch Erleichterung des Hypothekenverkehrs dem Grundbesitz die Kapitalien zu erhalten und zu sichern, welche sich überwiegend den Anlagepapieren der Börse zuwendeten. Doch hatten diese Wünsche zunächst nicht die Kraft, zu einer Umgestaltung des Grundbuchwesens zu führen, an dessen überkommener Verfassung die Mehrzahl der praktischen Juristen Preußens mit zäher, wenn auch schweigender Energie hing. Weder die Reformanträge im Herrenhause,[1] noch die im Abgeordnetenhause in den Jahren 1861 und 1862 aus der Initiative einzelner Mitglieder hervorgegangenen Vorschläge, noch der von dem Justizministerium im Jahre 1864 ausgearbeitete Entwurf[2] vermochten sich durchzusetzen.

Erst die Erweiterung der Monarchie brachte jene Bestrebungen zur Reife, indem fortan der Gesichtspunkt entscheidenden Einfluß gewann, daß eine Hypothekengesetzgebung hergestellt werden müsse, welche die Grundlage für ein einheitliches Recht des preußischen Staates, namentlich auch für die im Jahre 1866 neuerworbenen Provinzen gewähren könne. Zu diesem Zwecke wurden im Jahre 1868 zwei ineinandergreifende Gesetzentwürfe, nämlich einer „über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und der selbständigen Gerechtigkeiten" und ein anderer als „Grundbuchordnung" nach rascher Ausarbeitung dem Landtage vorgelegt. Beide Entwürfe wurden ohne Veränderung ihrer Grundlage in der Landtagssession 1869/70 vom Hause der Abgeordneten berathen und angenommen und nach Beendigung des französischen Kriegs in der Session 1871/72 von beiden Häusern des Landtags adoptirt. Unterm 5. Mai 1872 publicirt traten sie mit dem 1. Oktober desselben Jahres in Kraft. Diese Gesetze bieten wesentliche Verbesserungen des bisherigen Rechts. Es sind aber ihre leitenden Gedanken oft nur in einzelnen Bestimmungen ausgeprägt, oft nur angedeutet. Der Anwendung der Analogie bleibt daher viel Raum, und es sind der wissenschaftlichen Interpretation besonders wichtige Aufgaben gestellt. Hinsichtlich des Verhältnisses der Gesetze zum früheren Rechte erheben sich hauptsächlich zwei Fragen:

---

1) Insbesondere ist in dieser Hinsicht von Bedeutung gewesen der Kommissionsbericht von Dr. Götze auf Grund eines unterm 10. Februar 1857 eingebrachten Antrags von v. Meding.

2) Entwurf eines Gesetzes über das Hypothekenwesen und einer Hypothekenordnung für Preußen nebst Motiven. Berlin 1864. Ein interessanter Versuch.

Digitized by Google

1. In welchem Umfange sind die bisherigen Rechtsnormen aufgehoben? Die Motive des Regierungsentwurfs zum Gesetze über den Eigenthumserwerb heben als Absicht hervor, statt einer nur Einzelnes ergreifenden Novelle ein Gesetz auszuarbeiten, welches das ganze System umfassen und die Bedeutung einer Kodifikation erhalten solle. Hieraus ziehen diese Motive die Folgerung, daß gewisse Rechtsinstitute, deren in dem Gesetze keine Erwähnung geschieht, hierdurch abgeschafft[3] seien. Im Gesetze selbst aber ist über das Verhältniß des neuen Gesetzes zu dem älteren Rechte keine besondere Bestimmung getroffen.[4] Es muß also bei den allgemeinen Grundsätzen verbleiben. Diese Grundsätze aber führen zwar dahin, daß das ältere Recht außer Wirksamkeit tritt, insofern es dem neuen widerspricht, nicht aber zu dem Resultat, daß Rechtssätze um deswillen beseitigt sind, weil sie in dem Gesetze nicht erwähnt werden. Wenn sich auch aus den Motiven schließen läßt, daß die Absicht des Redaktors des Gesetzes eine weitergehende war, so hat das Gesetz diese Absicht nicht verwirklicht.[5]

Die Grundbuchordnung ihrerseits hebt ausdrücklich die Hypothekenordnung vom 20. December 1783 auf, desgleichen alle dieselbe ergänzenden und abändernden Gesetze. Hier kann also die Frage entstehen, ob und wieweit ein älteres Gesetz als ein Abänderungs- oder Ergänzungsgesetz der Hypothekenordnung anzusehen ist, oder einen selbständigen Charakter hat, worüber stets im einzelnen Falle zu befinden ist.[6] Die älteren Bestimmungen haben hiervon abgesehen bleibende Wichtigkeit für die Auslegung der neuen auf sie gebauten und sie voraussetzenden Ordnung.

2. Was die Wirkung des neuen Gesetzes in Bezug auf früher begründete Berechtigungen betrifft, so hat dasselbe zwar der Regel nach keine rückwirkende Kraft. Gleichwohl ist bei jeder einzelnen Bestimmung mit Rücksicht auf die Intentionen des Gesetzgebers zu prüfen, ob sich dieselbe auch auf

---

3) Vgl. Motive der Regierungsvorlage 1871/72 S. 56: „In dem vorliegenden Gesetze geschieht des Eintrittsrechts (jus offerendi) und des Vorbehalts der Verwirkung (lex commissoria) keine Erwähnung. Beide Institute sind dadurch abgeschafft."

4) Eine solche lag natürlich auch nicht in dem §. 66 des Regierungsentwurfs des Gesetzes über den Eigenthumserwerb: „Alle diesem Gesetze entgegenstehenden Vorschriften sind aufgehoben." Mit Recht wurde dieser Paragraph, welcher nur die allgemeinen Grundsätze wiederholt, im Herrenhause gestrichen. Die Specialbestimmung des §. 71 des Gesetzes ist hier nicht in Betracht zu ziehen.

5) Beachtenswerth, wenn auch mit Vorsicht aufzunehmen ist die Aeußerung der Motive des Regierungsentwurfs: — S. 69 — „Die §§. 227—238. 242. 390—457. 466—533. I, 20. A. L. R., die Anhangsparagraphen 52. 53. 54, die Deklarationen vom 3. April 1824 und 21. März 1835 sind durch die Bestimmungen dieses Gesetzes aufgehoben."

6) G. B. O. §. 143. Aufgehoben ist jedenfalls die Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 in allen ihren Bestimmungen, da dieselbe nach ihrer Ueberschrift „einige Abänderungen der Hypothekenordnung von 1783" betrifft.

Digitized by Google

bereits bestehende Verhältnisse erstrecken soll. Wenn z. B. im §. 32 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb vorgeschrieben wird, daß Grundstücke, welche nach der Eintragung einer Hypothek dem verpfändeten Grundstück als Zubehör zugeschrieben werden, in dessen Pfandverbindlichkeit treten sollen, so wird dies nach der Absicht des Gesetzgebers und, da hierdurch kein bestehendes Recht gekränkt wird, auch zu Gunsten von Hypotheken gelten müssen, welche bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes bestanden.

Ausdrücklich bestimmt die Grundbuchordnung, daß Beschränkungen des Verfügungsrechts, sowie auf einem privatrechtlichen Titel beruhende dingliche Rechte, welche an dem Tage, wo dieses Gesetz in Kraft tritt, ohne Eintragung rechtsgültig bestehen, bis zum 1. Oktober 1873 eingetragen werden müssen, widrigenfalls sie dritten Personen gegenüber nicht mehr geltend gemacht werden können.[7]

§. 193. Die Grundbuchverfassung im Allgemeinen.

Die Führung der Grundbücher galt bei uns stets als Sache der Gerichte, wenngleich in derselben nur eine rechtspolizeiliche Thätigkeit liegt. Dieselbe geschah nach älterem Recht überwiegend kollegialisch, seit der Gerichtsorganisation 1849 durch die zweiten Abtheilungen der Stadt- und Kreisgerichte, ihre Deputationen und Kommissionen.[1] Nach den Gesetzen von 1872 erfolgt die Bearbeitung hingegen durch das s. g. Grundbuchamt, welches aus einem einzelnen Richter und einem Buchführer, sowie den nöthigen Unterbeamten besteht.[2] Diese Beamten sind jedoch nicht dem Dienst der Grundbuchsachen ausschließlich gewidmet, sie gehören vielmehr zugleich den Stadt- und Kreisgerichten und den Gerichtsdeputationen an, mit welchen das Grundbuchamt verknüpft ist, so daß sie auch mit andern richterlichen Geschäften betraut werden können. Mit der Einführung der Reichsjustizgesetze werden die besonderen Grundbuchämter wiederum aufgehoben. Die Geschäfte der Grundbuchrichter sind dann von den Amtsrichtern, die Geschäfte der Grundbuchführer von den Gerichtsschreibern wahrzunehmen.[3]

Beschwerden über Verfügungen des Grundbuchamts gehen an das Appellationsgericht des Bezirks, welches über dieselben kollegialisch befindet,

---

7) G. B. O. §. 73, vgl. unten §. 275 Anm. 18. Andre hierhergehörende Bestimmungen sind G. B. O. §§. 49. 133—140. E. G. §. 42. Abs. 3; Rintelen Einfluß neuer Gesetze 1877 S. 86 ff. In welchem Maße der Gesetzgeber durch seine Bestimmungen das vor dem 1. Oktober 1872 erworbne nicht eingetragne Eigenthum betroffen hat, ist später zu erörtern.

1) Hyp. Ord. von 1783 I. §. 1 u. ff. Verordn. vom 2. Jan. 1849 §§. 20. 22.

2) G. B. O. §. 20 ff.

3) Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878 §. 31.

Digitized by Google

bei dessen Entscheidung es derzeit endgültig bewendet.[4] Nach dem Ausführungsgesetz zur Gerichtsverfassung des Reichs dagegen sind inskünftige die Landgerichte die zuständige Instanz für die Beschwerde gegen Anordnungen der Amtsgerichte; gegen Entscheidungen der Landgerichte findet das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde statt, welches auf der Geltendmachung einer Verletzung der Gesetze beruht. Bezüglich desselben ist das Oberlandesgericht Berlin ausschließlich zuständig; sofern es sich aber um Verletzung einer Rechtsnorm handelt, welche in dem Bezirk des Oberlandesgerichts Berlin nicht gilt, ist die Beschwerde demjenigen Oberlandesgericht zu überweisen, zu dessen Bezirk das Landgericht gehört, von welchem die angefochtne Entscheidung ausging.[5]

Die Grundbücher selbst sind regelmäßig nach Gemeinden oder selbständigen Gutsbezirken distriktsweise angelegt;[6] ältere Grundbücher sind zum Theil nach andern Grundsätzen, z. B. bloß für die Rittergüter eines Distrikts, eingerichtet.

Aufnahme finden in den Büchern die Grundstücke, ferner das Bergwerkseigenthum, endlich auch gewisse selbständige Gerechtigkeiten.

1. Vor Allem erhalten besondere Blätter — ein s. g. Folium — die selbständigen Grundstücke, d. h. alle, welche nicht mit einem andern Grundstücke zu einer rechtlichen Einheit verbunden sind. Auch jedes von mehreren einem und demselben Besitzer gehörenden selbständigen Grundstücken hat der Regel nach sein besonderes Blatt; seiner Anlage nach besteht also das preußische Grundbuch aus s. g. Realfolien. Doch hat das praktische Bedürfniß des zersplitterten Grundbesitzes dazu geführt, bedeutsame formale Abweichungen hiervon zuzulassen.

Da die Einrichtung des Grundbuchs im Interesse der Gesammtheit der Grundbesitzer getroffen ist, so kann es auch nicht von der bloßen Willkür einzelner Eigenthümer abhängen, ob sie ihre Grundstücke im Grundbuche verzeichnet haben wollen. Vielmehr wurden bei der ersten Anlegung der Hypothekenbücher die selbständigen Grundstücke des Distrikts sämmtlich von Amtswegen durch die Obrigkeit im Buche verzeichnet.[7] Jetzt tritt allerdings

4) G. B. O. §. 24 Abs. 2. Wegen des Ganges der Beschwerden über Verzögerungen im Geschäftsbetrieb siehe G. B. O. §. 24 Abs. 1.

5) Das citirte Ausführungsgesetz §. 50 ff.

6) Nach G. B. O. §. 1 hat die etwaige Neuanlegung von Grundbüchern nach Gemeinden und selbständigen Gutsbezirken, wo solche aber ausnahmsweise gewisse Grundstücke nicht erfassen, nach den besonderen Grundsteuererhebungsbezirken zu geschehen.

7) Hyp. Ordn. von 1783 I. §§. 1. 6. 8 u. f. f. Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. I. S. 26. — Es bedurfte im Herzogthum Westphalen auch bei der ersten Anlegung des Buchs regelmäßig des Antrags des Eigenthümers. Verordnung vom 31. März 1834. §. 4.

Digitized by Google

ein derartiger von Amtswegen geübter Zwang zur Eintragung von solchen Grundstücken nur ausnahmsweise auf Antrag dritter Interessenten ein, welche etwa noch nicht im Grundbuche verzeichnet stehen. Gleichwohl hat das Gesetz die Anforderung der Eintragung sämmtlicher Grundstücke principiell nicht aufgegeben.[8] Dasselbe erachtet es aber als genügendes Zwangsmittel, daß ein nicht eingetragenes Grundstück vor seiner Einschreibung nicht mehr im Wege freiwilliger Veräußerung gültig übertragen und nicht mehr verpfändet werden kann.[9] Niemals kann andrerseits ein Privateigenthümer bewirken, daß sein im Grundbuche einmal verzeichnetes Grundstück aus demselben wieder entfernt werde.

Für Domainen und andre dem Staate gehörige Grundstücke, für das Grundeigenthum der Gemeinden, Kirchen, Klöster und Schulen, für das Territorium der öffentlichen Landwege und der Eisenbahnen hat das preußische Recht von jeher von einer Nöthigung zur Eintragung abgesehen, da solche Stücke regelmäßig nicht veräußert oder verpfändet werden.[10] Daher können sogar im Grundbuche bisher enthaltene Grundstücke, welche für die genannten juristischen Personen und öffentlichen Zwecke erworben werden, auf Antrag aus dem Buche heraustreten. Dies nämlich dann, wenn ein Theil eines eingetragenen Grundstücks auf diese Personen und zwar unbelastet übereignet wird, indem sich die *Abschreibung* des Theils auf dem Grundbuchblatt des Hauptgrundstücks vollziehen kann, ohne daß eine *Zuschreibung* auf einem andern Blatte sich anschließen muß und zur Uebereignung nothwendig ist.[11]

2. Des Weiteren ist das Grundbuch zur Aufnahme des Bergwerkseigenthums mit seinem unbeweglichen Zubehör bestimmt. Und zwar wird von Amtswegen ein Zwang zur Eintragung geübt, wenn Bergwerkseigenthum neu begründet wird oder durch bestätigte Konsolidation, Theilung oder Umtauschung von Grubenfeldern und Feldestheilen eine Veränderung erleidet.[12]

---

8) G. B. O. §. 1.

9) Gesetz über den E. E. §§. 1. 18. G. B. O. §. 134.

10) Diese Bestimmungen des älteren Rechts rekapitulirt gleichsam G. B. O. §. 2.

11) Die G. B. O. §. 59 erkennt dies ausdrücklich nur für die Uebereignung des Theils eines Grundstücks durch Auflassung an. Der Grundgedanke ist aber offenbar, daß die *Eröffnung* eines neuen Foliums für öffentliche und gleichstehende Grundstücke unterbleiben kann, da für dasselbe kein Bedürfniß ist; vgl. G. B. O. §. 2. Ist dem Gedanken auch sonst Folge zu geben, um überflüssiges Schreibwerk zu vermeiden? Wir meinen dies bejahen zu dürfen trotz der bei der Vorberathung des Gesetzes geäußerten abweichenden Ansichten. So wenn ein selbständiges, bisher mit andern Grundstücken desselben Besitzers auf demselben Blatt vereinigtes Grundstück ganz zur öffentlichen Sache werden soll und abzuschreiben ist, ferner dann, wenn eine Parcelle nicht auf dem Wege der Auflassung, sondern der Expropriation oder andern unfreiwilligen Erwerbs zur öffentlichen wird und Abschreibung vorzunehmen ist. A. Ansicht Turnau zu G. B. O. §. 59.

12) Gesetz über den E. E. §. 68. Der Erwerb geschieht nach den Vorschriften des Berggesetzes vom 24. Juni 1865 und für die sächsischen Kohlenabbaugerechtigkeiten

Digitized by Google

3. Endlich sind auch Gerechtigkeiten, welche nicht Zubehör eines Grundstücks bilden, sondern für sich bestehen und daher für sich veräußerlich und verpfändbar sind, im Grundbuche eintragungsfähig.[13] Dies war früher von größerer praktischer Bedeutung. Die neuere Gesetzgebung hat aber die meisten dieser Rechte entweder aufgehoben oder doch für ablösbar und nicht mehr neu konstituirbar erklärt. Es bestehen vorzugsweise noch Schiffsmühlen-, d. h. Rechte auf einem Strom eine Mühle zu haben, Fähr- und Fischereigerechtigkeiten und Apothekergerechtigkeiten.[14]

§. 194. Die Individualisirung des Objekts. Der Titel des Blatts.[1]

Die erste und fundamentale Aufgabe des Grundbuchblatts ist, das Grundstück, um welches es sich handelt, der Art zu bezeichnen,[2] daß dasselbe im Bedürfnißfalle und zwar auch nach langer Zeit und selbst nach Aenderung seiner äußeren Gestalt immer wieder auf der Erdoberfläche genau seinem Umfange nach zu ermitteln ist. Dieser Aufgabe ist der erste Bestandtheil des Grundbuchblatts, der s. g. Titel — das Titelblatt[3] — gewidmet.

Das Ziel war leichter zu erreichen, so lange die Verkehrsgeschäfte in Grundstücken nur träge, Parcellirungen und Vereinigungen bei der Geschlossen-

---

nach dem Gesetze vom 22. Februar 1869. — Das Oberbergamt hat dem Grundbuchamt eine beglaubigte Abschrift der Verleihungsurkunde u. s. f. zuzustellen, damit das letztere das Zwangsverfahren eröffnen kann. Für spätere Veräußerungen und Belastungen sind die Grundsätze der Gesetze vom 5. Mai 1872 ohne Modifikation maßgebend; die freiwillige Veräußerung fordert Auflassung, in andern Fällen bedarf es der Eintragung zur Uebereignung nicht und findet auch in der Regel ein Zwang zur Eintragung von Amtswegen nicht statt.

13) Hypothekenordnung von 1783. I. §. 14.

14) Können nach der neuen Grundbuchverfassung noch inskünftige neue Blätter für selbständige Gerechtigkeiten angelegt werden? Die Herrenhauskommission hat dies, veranlaßt durch die Ausführungen des Regierungskommissars, in ihrem Bericht verneint auf Grund des §. 69 des Gesetzes über den Erwerb des Eigenthums, wo jedoch nur geäußert wird, „wenn für solche Gerechtigkeiten Grundbuchblätter eingerichtet sind, werde die Veräußerung und Verpfändung nach diesem Gesetze beurtheilt." Ob eine Einschreibung noch jetzt erfolgen kann, ist hieraus nicht zu entnehmen. Daß sie noch möglich ist, ergiebt §. 3 der G. B. O., wonach die für Grundstücke geltenden Vorschriften dieses Gesetzes — also auch §. 134 der G. B. O. — für Bergwerke und Gerechtigkeiten gelten sollen, sofern nichts ausdrücklich anders bestimmt ist. Vgl. auch die Motive des Regierungsentwurfs von 1871/72 S. 159. A. Ansicht Förster Grundbuchrecht S. 34.

1) Vgl. hierzu das im Anhang abgedruckte Formular des Grundbuchblatts.

2) Wie auch die Römer hierauf in ihrer Verpfändungsurkunde Gewicht legten, ergiebt das kürzlich gefundene Formular zu einem pactum fiduciae: . . . fundum Bajanum, qui est in agro, qui Veneriensis vocatur, pago Olbensi mancipio accepit . . adfines fundo dixit L. Titium et C. Sejum et populum et si quos dicere oportet . . .

3) Zwar ist es bei uns nicht üblich, die einzelnen Bestandtheile des Grundbuchblatts als besondere Blätter zu bezeichnen. Dennoch glauben wir diese sich an die Bezeichnung „Blatt" anschließende Benennung, welche die Darstellung erleichtert, gebrauchen zu dürfen.

Digitized by Google

heit der Güter ausnahmsweise, bauliche Veränderungen selten von Statten gingen. Schwieriger und dringlicher wurde es bei dem Grundstücksverkehr, wie wir ihn erleben, jener Aufgabe nachzukommen. Die Hypothekenordnung von 1722 verlangte dereinst nichts als eine Beschreibung der Straße oder der Gegend, wo das Grundstück gelegen. Ausführlichere Angaben auf dem Titelblatt verordnete zwar die Ordnung von 1783 — I, §. 33 und §. 34 — über Name, Qualität, Kreis, Distrikt, Straße, Platz. Doch der Umfang und die genaue Lage der einzelnen Bestandtheile der Grundstücke ist auch hiernach aus dem Buche nicht zu ersehen, sondern aus dem thatsächlichen Zustande und der Ortskundigkeit zu entnehmen. Daher es denn an Streitigkeiten nicht fehlt, wenn mehrere Stellen, insbesondere Häuser im Laufe der Zeit ineinandergezogen, oder die Grenzen der Gärten und Felder verrückt, oder Abtrennungen vorgenommen waren, ja im Grundbuch verzeichnete Grundstücke auf der Erdoberfläche nicht mehr zu finden, für den im Grundbuche Eingetragenen thatsächlich verloren waren.

Keine ausreichende Abhülfe gewährte es auch, daß man später dem Hypothekenrichter vorschrieb, neben der allgemeinen Bezeichnung der Grundstücke Angaben über die Größe und über die einzelnen Bestandtheile von Gutskomplexen einzutragen, soweit hierüber *zuverlässige Nachrichten* vorlagen.[4] Bei Grundstücken, welche einer Gemeinheitstheilung unterlagen, gaben jedoch die Separationsrecesse und Separationskarten der Specialisirung eine sichere Grundlage.

Durchgreifend wußte man in der Provinz Westphalen das gesteckte Ziel zu erreichen durch die Verbindung des Hypothekenbuchs mit dem Kataster. Der Staat nämlich erhebt von den ländlichen Grundstücken eine Grundsteuer, von den städtischen die Gebäudesteuer, worin eine eigenthümliche öffentlich-rechtliche dingliche Belastung der Grundstücke liegt. Behufs Erhebung dieser Lasten führt der Staat eigene auf geometrische Vermessungen gegründete, Lage und Umfang wenigstens der ländlichen Grundstücke genau bezeichnende Bücher, den s. g. Kataster, in welche auch alle späteren Veränderungen der Grundstücke nachgetragen werden.[5] Dadurch nun, daß man in der Provinz

---

4) Instruktion vom 3. August 1853 Art. 2.

5) Ueber die einzelnen Katastralgemeinden oder deren Flurabtheilungen sind für die Grundsteuer auf Vermessungen beruhende Flurkarten aufgestellt, in welchen die einzelnen Grundstücke unter laufenden Nummern aufgenommen sind. Diesen Karten entsprechen Flurbücher, worin die vermeßnen Grundstücke in der Nummerfolge der Karte nach dem Flächeninhalt der Grundstücke, ihrem Reinertrag unter Angabe des Eigenthümers verzeichnet sind. Behufs der Erhebung der Steuer selbst endlich wird für jede Katastralgemeinde eine s. g. Grundsteuermutterrolle aufgestellt, in deren Artikeln der gesammte Grundbesitz der einzelnen Steuerpflichtigen aufgeführt ist. Die Gebäude stehen in der Gebäudesteuerrolle unter laufenden Nummern. Näheres siehe bei Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. I. S. 166 ff.

Digitized by Google

Westphalen die Grundstücke nach ihrer Bezeichnung im Kataster unter Angabe ihrer dortigen Nummer und Größenbestimmung auf den Titel der Grundbuchblätter eintrug, wurde das dortige Hypothekenbuch der gleichen Genauigkeit theilhaftig wie der Kataster.[6]

Die Grundbuchordnung von 1872 hat diesen Fortschritt sämmtlichen übrigen Provinzen zugewendet, da in diesen der Kataster gleichfalls seit einiger Zeit vollendet ist. Es sollen also überall die Grund- und Gebäudesteuerbücher, von welchen dem Grundbuchamte künftig eine Abschrift mitzutheilen ist, zur Ausmittelung der in die Grundbücher einzutragenden oder bereits eingetragenen Grundstücke, ihrer Lage und Größe dienen. Zu diesem Zweck ist fortan die Bezeichnung in den Steuerbüchern auf dem Titel des Grundbuchblattes beizubehalten. Handelt es sich jedoch um Gutskomplexe, d. h. Grundstücke, welche historisch und rechtlich eine Einheit bilden, während sie im Kataster nach ihrer verschiedenen Bestimmung, — als Haus, Wiese, Acker, Holzgrundstück — oder nach ihrer verschiedenen Bonität gesondert aufgeführt sind, so ist die Eintragung jenes Gesammtgrundstücks unter seinem historischen Namen nach wie vor zulässig, es wird aber im Titel des Grundbuchblatts auf das Steuerbuch verwiesen und die Gesammtfläche nach dessen Angabe eingetragen.[7]

Da in den Steuerbüchern regelmäßig nur die Lage und Größe derjenigen Grundstücke besonders verzeichnet ist, welche der Grundsteuer, nicht aber auch derjenigen, welche der Gebäudesteuer unterliegen, so soll, um auch hier die nöthige Genauigkeit zu erzielen, der Eigenthümer die Vermessung solcher Grundstücke und die Vervollständigung der Steuerbücher beantragen müssen, falls die Größe seines Gebäudes, Hofraumes oder Hausgartens in denselben nicht angegeben ist.[8]

Auch der Grundsteuerreinertrag und der Gebäudesteuernutzungswerth, nach welchem die Steuerveranlagung der Grundstücke geschieht, ist fortan auf dem Titel des Blattes einzutragen, um sofort dem Verkehr einen Anhalt zur Beurtheilung der Belastungsfähigkeit des Grundstücks zu geben.

Zu verzeichnen sind auf dem Titel wie die einzelnen das Grundstück von jeher bildenden Bestandtheile so auch dessen unbewegliche Zubehörstücke, d. h. solche Grundflächen, welche nicht von Alters her zu dem Hauptgrundstücke gehörten, wohl aber später mit ihm durch den Willen des Eigen-

6) Verordnung vom 31. März 1834 §. 5. Kab. Ordre vom 16. Juli 1840. Die weiteren Anweisungen des Finanzministers vom 16. August 1872 siehe bei Turnau G. B. O. Bd. 2 S. 7 ff.

7) G. B. O. §. 4. Anweisungen des Finanzministers vom 16. August 1872, sowie vom 17. Januar 1875. Verfügung des Justizministers vom 31. Januar 1873, vgl. Turnau G. B. O. Bd. 2 S. 19 ff.

8) G. B. O. §. 4.

Digitized by Google

thümers vereinigt wurden. Außerdem können die dem Grundstücke zugehörigen Gerechtigkeiten auf dem Titel einen Platz finden.[9]

Rechtliche Veränderungen[10] im Bestande des Grundstücks sind nachzutragen, um gehörige Wirksamkeit zu haben. Es muß also eine Abschreibung erfolgen, wenn Bestandtheile oder Zubehörstücke von dem eingetragenen Grundstücke getrennt werden sollen. Nicht weniger hat eine Zuschreibung zu geschehen, wenn dem Hauptgrundstücke bisher nicht zu ihm gehörige Grundstücke zutreten sollen, um mit ihm fortan eine juristische Einheit zu bilden. Auch die Einschreibung solcher Veränderungen geschieht auf dem Titel.

Die Eintragungen von Sachenrechten an dem Grundstück müssen sich richtiger Ansicht nach auf das ganze durch den Titel bezeichnete Grundstück beziehen, da der Titel dazu bestimmt ist, den Umfang und die Identität des Objekts festzustellen und dies nicht hinterher bei den einzelnen Posten anders geschehen kann.[11] Dies leidet indessen eine Ausnahme in dem Fall, daß ein Veräußerungsgeschäft über den abzutrennenden Grundstückstheil abgeschlossen ist und die Eintragung eines vorläufigen Vermerks hierüber begehrt wird.[12]

§. 195. Wandeläcker. Artikel.

In den Gegenden zersplitterten Grundbesitzes war das reine System der Realfolien, wonach für jedes selbständige Grundstück ein besonderes Blatt angelegt werden mußte, schwer durchführbar, da ein und derselbe Eigenthümer dort oft sehr viele, meist sehr kleine selbständige Grundstücke besitzt.

Man gab daher, abweichend von der Hypothekenordnung von 1783, nach, daß mehrere unter demselben Gerichte belegene, selbständige Grundstücke desselben Besitzers auf ein und dasselbe Grundbuchblatt geschrieben wurden,[1] so daß dieselben keineswegs zu einer juristischen Einheit vereinigt

9) Dernburg und Hinrichs a. a. O. I, S. 186 ff.

10) Dernburg und Hinrichs a. a. O. I. S. 198 ff. Natürliche Veränderungen des Umfangs durch Stromesgewalt, Erdschlupf spotten freilich des Katasters. Natürlich können sie auf Antrag des Eigenthümers nachgetragen werden. Daß er denselben aber wegen etwaiger Verminderungen des Bestandes stelle, dafür fehlt jedes Kompelle.

11) Die Praxis hat freilich bisher überwiegend die Verhypothecirung eines Grundstücks unter Ausschließung bestimmter dereinst abzutretender Theile zugelassen. Mit den Absichten der neuen Gesetze dürfte dies nicht stimmen, Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 32, G. B. O. §. 58. — Will man indessen nicht darauf bestehen, daß sofort über den von der Verhypothecirung auszunehmenden Theil ein besonderes Blatt angelegt werde, so müßte man doch mindestens die genaue Bezeichnung desselben nach Maßgabe der Vorschriften des §. 58 der G. B. O. fordern. Vgl. Tülff bei Gruchot Bd. XI. S. 12 ff., dagegen Kretschmann ebendaselbst S. 227 ff. Die Frage der Belastung eines ideellen Theils ist begreiflich eine ganz andere.

12) G. B. O. §. 64.

1) Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. I. S. 159 Anm. 25.

Digitized by Google

wurden,[2] vielmehr nur die Zusammenschreibung zur Erleichterung der technischen Manipulation geschah.[3] Solche auf einem Grundstücksblatte nur äußerlich verbundene selbständige Grundstücke nannte man mit einem dem deutschen Recht entnommenen, hier aber in besonderem Sinne gebrauchten Ausdruck „walzende Grundstücke" oder „Wandeläcker."

Auch die jetzige Grundbuchordnung läßt eine solche Zusammenschreibung mehrerer in dem Bezirk desselben Grundbuchamts[4] liegender Grundstücke desselben Eigenthümers auf dessen Antrag zu, wenn daraus nach dem Ermessen des Grundbuchamts keine Verwirrung zu besorgen ist.

Außerdem hat aber die Grundbuchordnung von 1872 für den zersplitterten Grundbesitz ein neues Formular, den sogenannten Artikel, proponirt, welches die äußere Gestalt eines Personalfoliums hat. Dieser Artikel[5] hat die Bestimmung, sämmtliche demselben Eigenthümer gehörige Grundstücke mit ihren dinglichen Belastungen aufzunehmen. Das Titelblatt verzeichnet daher nur die Person des Eigenthümers. Die erste Abtheilung erst enthält das Verzeichniß seiner Grundstücke und daneben Zeit und Grund des Erwerbs und die Abschreibungen, worauf sich dann in den weiteren Abtheilungen die dinglichen Belastungen anschließen. Da dies Formular seinen Mittelpunkt in der Person des Eigenthümers hat, so wird die Anlegung eines neuen Artikels unter Schließung des alten gefordert, wenn sämmtliche unter dem Artikel eingetragene Grundstücke auf einen neuen Eigenthümer übergehen.[6]

In der folgenden Darstellung ist auf diese Nebenform nicht weiter einzugehen, da dieselbe bloß von formaler Bedeutung ist und grundsätzlich die im Artikel aufgenommenen Grundstücke keine andere Stellung haben als die auf besondern Folien stehenden.

---

2) Solche äußerlich zusammengeschriebene Grundstücke können also nach wie vor selbständig belastet werden. Werden sie gemeinsam verpfändet, so entsteht eine Korreal-Hypothek. Auf Antrag sind die Folien wieder zu sondern.

3) Da die Fälle der juristischen Vereinigung zweier Grundstücke — die Zuschreibung des einen als Zubehör des andern — und die der bloß äußeren Verbindung auf einem Blatte — die Zusammenschreibung walzender Grundstücke — ganz verschiedene Rechtsfolgen haben, so ist es wichtig, in jedem Einzelfalle, in welchem die Eintragung mehrerer Grundstücke auf ein Blatt beantragt wird, die betreffende Absicht der Kontrahenten genau zu ermitteln und buchmäßig zum Ausdrucke zu bringen.

4) G. B. O. §. 13. Dies ist also auch zulässig, wenn die mehreren Grundstücke in verschiedenen Gemeinden liegen.

5) Der Name ist den Grundsteuerbüchern und zwar der Grundsteuermutterrolle entnommen.

6) G. B. O. §§. 14. 15. 62. Es genügt aber auch bei Uebertragung des gesammten Grundbesitzes des Artikels auf einen Erwerber den Namen desselben in angemeßner Weise auf das alte Folium einzutragen. Turnau G. B. O. §. 62.

Digitized by Google

§. 196. Eintragungen in die einzelnen Abtheilungen.

Außer dem Titelblatt enthält das Grundbuchblatt drei Abtheilungen oder, wie die Hypothekenordnung von 1783 sie nannte, Rubriken. Nämlich erstens das Eigenthumsblatt für die Eintragung des Eigenthümers, zweitens das Belastungsblatt für die dinglichen Belastungen außer Hypotheken und Grundschulden, endlich drittens das Hypothekenblatt für die Pfandrechte.

Die Einschreibungen — oder Eintragungen im weitern Sinne — auf diese Blätter bilden entweder:

a) Eintragungen im engeren Sinne, welche die buchmäßige Veröffentlichung der Neubegründung oder der Uebertragung eines dinglichen Rechts bezwecken, oder

b) Löschungen, d. h. Einschreibungen zum Zwecke der Veröffentlichung der Tilgung eines dinglichen Rechts oder der Wiederaufhebung der Uebertragung oder einer sonstigen Veränderung eines Rechts.

Hierzu kommen noch die Vormerkungen, nämlich vorläufige Einschreibungen, von welchen später zu handeln ist.

Alle Einschreibungen müssen in buchmäßiger Verbindung stehen. Es kann z. B. eine dingliche Belastung nur gegenüber einem eingetragenen Eigenthümer eingetragen werden, nur die Uebertragung oder die Löschung eines bereits eingetragenen Rechts im Buche ist möglich.

Was nun den Inhalt der einzelnen Abtheilungen speciell betrifft, so ist

1. in die erste Abtheilung der gegenwärtige Eigenthümer einzutragen, und zwar physische Personen mit Vor- und Zunamen, Stand, Gewerbe, Wohnort oder Aufenthaltsort, juristische Personen mit ihrem gesetzlichen oder statutarischen Namen, endlich Aktien- und Handelsgesellschaften, Genossenschaften und Hülfskassen unter ihrer Firma mit Angabe ihres Sitzes nach Maßgabe ihrer Eintragung im Handelsregister sowie der Genossenschaftsregister.[1] [2]

Früher erblickte man auch in der Eintragung des Erwerbsgrundes, insbesondere des vorgehenden Veräußerungsgeschäfts etwas Wesentliches und bezeichnete danach sogar die Eintragung des Eigenthümers als Besitztitelberichtigung. Nach der jetzigen Grundbuchverfassung geschieht die Einschreibung des Erwerbsgrundes nur auf Antrag. Jedoch muß dann, wenn der Erwerb durch Auflassung geschieht, diese und zwar mit ihrem Datum

---

1) G. B. O. §. 10, vgl. Hyp. Ordn. von 1783 I. §. 41. Die Geburtszeit des minderjährigen Eigenthümers ist nicht zu vermerken, da das Buch nicht zur Auskunft über die persönliche Verfügungsfähigkeit des Eigenthümers zu dienen hat.

2) Vgl. Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche vom 24. Juni 1861 Art. 23, Instruktion vom 12. December 1861 §. 103.

Digitized by Google

vermerkt werden.[3] Auch die Eintragung des Erwerbspreises erfolgt nach der neuen Grundbuchverfassung, abweichend vom bisherigen Recht, nur auf Antrag,[4] gerade so wie dies mit einer öffentlichen Taxe und der Feuerversicherungssumme seit lange der Fall ist.[5]

Da das Eigenthumsblatt nur für die Eintragung des gegenwärtigen Eigenthümers bestimmt ist, nimmt es die Angabe etwaiger Beschränkungen dieses Rechts, wie auflösende Bedingungen, Endtermine, nicht auf. Solche Einschränkungen sind vielmehr unter den Belastungen in der zweiten Abtheilung zu verzeichnen. Aus jener Bestimmung des Eigenthumsblattes ergiebt sich weiter, daß wenn Eigenthum unter einer aufschiebenden Bedingung, einem Anfangstermin zugewendet ist, zunächst solche Anwartschaft noch nicht auf dem Eigenthumsblatt zu verzeichnen, sondern in der zweiten Abtheilung einzutragen ist.

Bemerkenswerth ist ferner, daß in dieser ersten Abtheilung eine besondere Spalte für Veränderungen und insbesondre für Löschungen nicht existirt. Buchmäßig stellt sich nämlich jede auf den Eigenthumszustand bezügliche Veränderung dar als Succession. Dies selbst dann, wenn die Eintragung in Folge eines rechtskräftigen Urtheils geschieht, durch welches dem bisher Eingetragenen das Eigenthum auf Grund einer Anfechtungsklage aberkannt wurde, so daß der Sieger auch hier dem Ueberwundenen einfach in der Nummerreihe zu folgen hat.

2. Die zweite Abtheilung enthält die dinglichen Belastungen des Grundstücks. Es können hier auch solche Rechte eingetragen werden, welche zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung an sich nicht bedürfen, z. B. Deichlasten, und andere gemeine Lasten. Ausdrücklich sind jedoch von der Eintragung ausgeschlossen die an den Staat zu entrichtenden öffentlichen Abgaben und Leistungen, für welche die Steuerbücher bestimmt sind.[6]

Zur Einschreibung kommen hiernach in dieser Abtheilung einmal die dinglichen Gebrauchs- und Nutzungsrechte an fremder Sache, z. B. der

3) G. B. O. §. 10. Die außerdem erforderte Datirung der Eintragung entspricht allgemeiner alle Einschreibungen betreffender Vorschrift. G. B. O. § 44.

4) Dies um deßwillen, weil man jetzt den sichereren Anhalt in dem Grundsteuerreinertrag und Gebäudesteuernutzungswerth, der auf dem Titel verzeichnet werden soll, erblickt.

5) Bei diesen Eintragungen, und zwar nicht bloß des Assekuranzwerthes, sondern ebenso der öffentlichen Taxe, wie des Erwerbspreises ist das Datum der Werthfestsetzung einzutragen, obgleich man G. B. O. §. 10 allerdings bloß auf den Assekuranzwerth beziehen könnte. Hiefür spricht das Formular I. Anlage A. der G. B. O.; freilich nicht Formular II. Anlage B. Man vergegenwärtige sich aber die Schätzung eines Berliner Hauses aus dem Jahre 1866, 1872, 1878, um die Wichtigkeit der Datirung zu würdigen.

6) G. B. O. §. 11. Zulässig ist die Eintragung öffentlicher Belastungen servitutenähnlichen Charakters, z. B. Rayonbeschränkungen in der Umgebung der Festungen. Auch die aus dem Nachbarrecht entspringenden Legalservituten können eingetragen werden.

Digitized by Google

Nießbrauch, desgleichen Reallasten, dann Miethe, Pacht, Grundgerechtigkeiten, wenn deren an sich nicht erforderliche Eintragung geschehen soll. Zum zweiten werden hier dingliche Rechte auf die Substanz des Grundstücks verzeichnet, z. B. Ansprüche der Lehn- und Fideicommißanwärter, die Vorkaufs- und Wiederkaufsrechte, dann die aus einem suspensiv bedingten oder noch betagten Eigenthumserwerbe entspringenden Rechte, Arreste, der Vermerk der nothwendigen Subhastation, der Konkurseröffnung und auf Privatverfügung beruhender Dispositionsbeschränkungen. Die in einigen besonderen Fällen vorgeschriebene Einschreibung von Beschränkungen der persönlichen Handlungsfähigkeit des Eigenthümers geschieht gleichfalls an diesem Orte.[7]

Eine zweite Spalte in dieser Abtheilung dient der Bekundung von Veränderungen der eingetragenen Belastungen, z. B. von Umwandlungen, Abtretungen, Verpfändungen, woran sich noch eine Nebenspalte für Löschung dieser Veränderungen anknüpft, d. h. für die Bekundung der etwaigen Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes des eingetragenen Rechts.

Eine dritte Hauptspalte ist für die Löschung der eingetragenen Belastung selbst, d. h. für die Bekundung ihrer Aufhebung bestimmt.[8]

3. In der dritten Abtheilung endlich haben die Hypotheken und Grundschulden ihren Platz unter Angabe ihres Betrags, ihres Zinssatzes, der Bedingungen der Rückzahlung.[9]

Eine weitere Hauptspalte dieser Abtheilung nimmt die Veränderungen — sogenannte Subingrossationen — auf, z. B. Cessionen, Verpfändungen, Prioritätseinräumungen, so daß sich auch hier wieder eine Nebenspalte hinzugesellt, welche für die Löschung der Veränderung, d. h. Herstellung des ursprünglichen Rechtszustandes dient.

Endlich in der dritten Hauptspalte erfolgt unter der Bezeichnung Löschung die Beurkundung des Unterganges der Hypothek oder Grundschuld.[10]

Eine in die zweite oder dritte Abtheilung des Grundbuchs eingetragene Berechtigung wird von dem Gesetze nicht selten mit dem allgemeinen Namen „Post" bezeichnet.

§. 197. Die Anträge. Konsensprincip. Die Einschreibung.

Das Grundbuchamt trägt die auf den dinglichen Rechtszustand der Grundstücke bezüglichen Veränderungen nicht von Amtswegen in das Buch

7) Vgl. oben §. 75 Anm. 15. §. 76 Anm. 12.
8) Vgl. G. B. O. §. 11 Abs. 3.
9) Vgl. Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 23.
10) G. B. O. §. 12.

Digitized by Google

ein, auch wenn dieselben dienstlich zu seiner Kunde kommen sollten. Vielmehr handelt dasselbe der Regel nach nur auf Antrag derjenigen Partei, welche bei der Eintragung interessirt ist.[1]

Der Antrag auf Einschreibung ist entweder mündlich bei dem Grundbuchrichter[2] zu Protokoll zu geben oder schriftlich bei dem Amte einzureichen.[3] Sämmtliche eingereichte Anträge[4] und Urkunden, auf welche sich die Einschreibungen stützen, müssen gerichtlich oder notariell aufgenommen oder beglaubigt sein.[5] [6] Jedoch bedürfen solche schriftlichen an das Grundbuchamt gerichtete Anträge keiner Beglaubigung, wenn sie sich auf beglaubigte Urkunden stützen, in denen die Betheiligten die fragliche Eintragung oder Löschung schon bewilligt haben.[7]

Die Frage, welche Unterlagen der Antrag haben muß, beantwortet sich durch das s. g. Konsensprincip.[8] Hiernach können grundsätzlich

---

1) G. B. O. §. 30. Wenn hier bestimmt wird, die Grundbuchbeamten verfahren mit Ausnahme der im Gesetz bestimmten Fälle nicht von Amtswegen, so ist damit richtiger Ansicht nach eine extensive Interpretation der gesetzlichen Fälle nicht ausgeschlossen. Es gilt dies namentlich von §. 118 der G. B. O., nach welchem eine aus Versehen gelöschte Forderung von Amtswegen wieder eingetragen werden kann, indem der Richter auch wegen anderer Einschreibungen aus Versehen von Amtswegen einzuschreiten befugt sein muß. Vgl. unten §. 201 Anm. 4 und 6.

2) Der Bureaubeamte ist also zu dieser Aufnahme ohne Assistenz des Richters nicht berechtigt G. B. O. §. 32.

3) G. B. O. §§. 31. 32.

4) Die allgemeinen und besonderen Erfordernisse hinsichtlich der Vornahme von Rechtsgeschäften gelten auch für die Anträge. Verwirrend ist daher die besondere Hervorhebung der G. B. O. §. 34. — Ueber Anderes vgl. noch G. B. O. §§. 36—39.

5) Urkunden und Anträge öffentlicher Behörden bedürfen, wenn sie ordnungsmäßig unterschrieben und untersiegelt sind, keiner Beglaubigung G. B. O. §. 35 nach Anh. §. 415 der A. G. O. II, 1 §. 3 n. 3. Hiernach genügt z. B. die Ausstellung der Cession einer der Stadtgemeinde gehörigen Forderung durch den Magistrat der Stadt, ohne daß es der weiteren Beglaubigung bedarf. Anders bei Gruchot Bd. 12 S. 412.

6) Der Aufnahme eines besondern Protokolls und der Zuziehung von Zeugen, wie sie sonst für Notariatsurkunden gefordert ist, soll es zu den Beglaubigungen der bei dem Grundbuchamte vorzulegenden Anträge und Urkunden nicht mehr bedürfen. G. B. O. §. 33 Abs. 2. Daß sich die Bestimmung nicht bloß auf die Anträge, sondern auch auf die Urkunden bezieht, geht aus der Entstehungsgeschichte des Paragraphen — vgl. §. 33 des Regierungsentwurfs — hervor und drückt sich auch dadurch aus, daß ihr ein eignes Alinea gewidmet ist. Mit derselben sind denn auch alle andern im Gesetze vom 11. Juli 1845 geforderten und in dessen §. 41 als wesentlich bezeichneten besonderen Förmlichkeiten beseitigt. Das Herrenhaus wollte zwar die Zeugen, nicht aber das Protokoll fallen lassen. Die erleichterte Form bezieht sich übrigens nur auf diejenigen Urkunden, welche unmittelbar für die Eintragung erforderlich sind, nicht aber auf Legitimationsurkunden, Vollmachten u. dergl. Dernburg und Hinrichs pr. Hyp. R. I, S. 103.

7) G. B. O. §. 33. Hieraus kann in der That dem Betheiligten nur in den seltensten Fällen ein Nachtheil entstehen. Ueber die Legitimation der Notare vgl. G. B. O. §. 36.

8) Dies Princip ist insbesondere im mecklenburgischen Rechte durchgeführt. Vgl. Meibom Mecklenburgisches Hypothekenrecht S. 70. Die ältere Grundbuchverfassung

Digitized by Google

Einschreibungen nur erfolgen mit Bewilligung derer, welche durch dieselben belastet werden oder ein Recht verlieren, Personen, die wir Passivinteressenten nennen. Die Bewilligung ist eine von der causa absehende Erklärung. Sie kann ersetzt werden durch ein rechtskräftiges Urtheil[9] oder durch das Ersuchen einer zuständigen Behörde. Giebt daher der zur Ertheilung der Eintragungsbewilligung Verpflichtete dieselbe nicht, so muß der Eintragungsberechtigte seinen Anspruch gegen ihn zunächst im Rechtswege verfolgen. Doch hat das Gesetz das Konsensprincip nur für die Belastung der zweiten und dritten Rubrik folgerichtig durchgeführt,[10] dagegen dieses Princip in Bezug auf die Eintragung des Eigenthümers zum Theil verlassen.[11]

In formeller Hinsicht entsteht die Frage, ob die Bewilligung zur Einschreibung *ausdrücklich* vorliegen muß, oder ob es hinreicht, daß die Einschreibung die nothwendige *Konsequenz* des Rechtsgeschäfts bildet, in welches derjenige eingewilligt hat, gegen welchen dieselbe zu nehmen ist. Wir werden uns für die letztere Ansicht zu entscheiden haben, da das Gesetz die Ausdrücklichkeit der Zustimmung nicht fordert.[12]

Die Anträge datiren von ihrem Anbringen oder ihrem Einreichen beim Grundbuchamt, was wir verstehen von dem Einlauf im Geschäftslokal und zwar in den Geschäftsstunden.[13] Sie sind genau mit dem Zeitpunkte ihres

fand die Unterlage vorzugsweise in dem Nachweise, daß sich die fragliche Rechtsveränderung bereits vollzogen habe oder in einem dieselbe rechtfertigenden materiellen Geschäftstitel, vgl. oben §. 186 Anm. 8.

9) Das Gesetz ist nicht mit sich übereinstimmend bezüglich der Frage, ob der Proceßrichter selbst ein Ersuchen zur Einschreibung an das Grundbuchamt zu richten hat, wie dies bei Vormerkungen, Löschungen vornehmlich angenommen wird — §§. 8. 22. 49. 58. 59 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb, §§. 89. 92 der G. B. O. — oder ob der obsiegende Theil auf Grund des Erkenntnisses seinerseits den Antrag beim Grundbuchamte zu stellen hat, was vorzugsweise bei endgültigen Eintragungen von Rechten beliebt ist. Vgl. §§. 3. 14. 19. 53 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb.

10) Gesetz über den Eigenthumserwerb §§. 8. 13. 14. 16. 19. 22. 49. 53. 58. 59. G. B. O. §§. 89. 92. 100.

11) Vgl. insbesondere G. B. O. §. 50. Siehe unten §. 245.

12) Eine Unterstützung dieser Ansicht finden wir in Folgendem. Der §. 53 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb verlangt zur Eintragung der Abtretung einer Hypothek der allgemeinen Regel entsprechend die *Bewilligung des Gläubigers*, gleichwohl wird in §. 80 der G. B. O. bei den formellen Erfordernissen nur der Nothwendigkeit der *Abtretungserklärung* gedacht, offenbar weil man in derselben stillschweigend die Bewilligung zur Umschreibung erblickte und dies für genügend ansah. Hiernach bleibt unter Anderm auch die Vorschrift des §. 8 der Novelle vom 24. Mai 1853 materiell in Kraft, wonach es nicht erforderlich ist, daß in den Urkunden über eine Hypothekbestellung außer der Verpfändungserklärung eine besondere Einwilligung zur Einschreibung des Pfandrechts in das Hypothekenbuch — Intabulationsklausel — aufgenommen wird. Vgl. übrigens Turnau zu G. B. O. §. 19 Bd. 1 S. 275.

13) Wir schließen dies aus §. 31 der G. B. O.: Anträge werden .. bei dem Grundbuchamt angebracht .. oder eingereicht; vgl. §. 45 d. G. B. O. Anträge, welche beim Grundbuchrichter zu Hause oder im Wirthshause eingereicht werden, sind noch nicht beim Amte angebracht. Hätte sie der Beamte auch aus Gefälligkeit ange-

Digitized by Google

Eingangs beim Amte von dem Grundbuchrichter oder dem Buchführer zu bezeichnen und zwar mindestens nach Tag und Stunde. Laufen in derselben Stunde verschiedene Anträge ein, welche möglicherweise kollidiren, so sind auch kleinere Zeittheile zu verzeichnen.[14] Nach Inkrafttreten der neuen Gerichtsorganisation sind die Anträge beim Amtsgericht einzubringen. Ist das Amtsgericht mit mehreren Richtern oder mit mehrerern Gerichtsschreibern besetzt, so gilt als Zeitpunkt des Eingangs eines Gesuchs um Eintragung im Grundbuch derjenige Augenblick, in welchem das Gesuch dem mit den Geschäften des Grundbuchrichters oder Grundbuchführers hinsichtlich des betreffenden Grundstücks beauftragten Richter oder Gerichtsschreiber vorgelegt wird.[15]

Da sich nach dem Zeitpunkte des Einlaufs die Ordnung der Einschreibungen im Buche zu richten hat, so ist die Frage wichtig, wie der Richter Anträge zu behandeln hat, welche nicht vollständig sind oder für welche die nöthigen Unterlagen nicht beigebracht wurden. Hat der Richter solche Anträge in den Akten bis zu ihrer Vervollständigung zu behalten, wodurch er ihnen das Vorrecht der früheren Anmeldung sichert, aber freilich noch neben dem Grundbuch den Grundakten für den Realzustand maßgebende Bedeutung giebt? Dies war nach älterem Recht das Uebliche, wenn das angemeldete Recht im Wesentlichen bescheinigt war.[16] Oder hat er Anträge kurzer Hand zurückzuweisen, welche nicht sämmtliche Voraussetzungen einer sofortigen Eintragung enthalten? Das Letztere würde zwar der formellen Behandlung der Grundbuchsachen entsprechen, welche dem Gesetzgeber in der Grundbuchordnung vorschwebte,[17] dennoch drängt der administrative Charakter des Verfahrens dazu, Nachsicht zu üben und das Publikum vor den Kosten und Gefahren zurückweisender Verfügungen möglichst zu bewahren.

Die Einschreibungen im Buche selbst erfolgen auf Grund einer Verfügung des Grundbuchrichters nach der von ihm zu entwerfenden Eintragungsformel.

---

nommen, so wären sie doch erst im Amtslokal zu präsentiren. Der Vermerk der Präsentation hat hiernach etwa zu geschehen „präsentirt beim Grundbuchamt N. N." — Diese Auffassung entspricht dem System des Gesetzes, wonach sich die Eintragung möglichst sofort an die Anmeldung anschließen soll G. B. O. §. 48, und verhütet den Schein ungerechtfertigter Bevorzugungen Einzelner. Daß ein in der Kommission des Herrenhauses gestellter Antrag, welcher diese Auffassung ausdrücklich im Gesetze hervorheben wollte, dort keinen Anklang fand, beweist natürlich nichts gegen unsere Interpretation des Paragraphen.

14) G. B. O. §. 42.

15) Preußisches Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878 §. 31 Abs. 2.

16) Vgl. Hypothekenordnung von 1783 II. §. 18.

17) Vgl. §. 48 der G. B. O.: „Der Grundbuchrichter darf die Auflassungserklärung erst entgegennehmen, wenn er nach Prüfung der Sache dafür hält, daß der sofortigen Eintragung des Eigenthums ein Hinderniß nicht entgegensteht." Strenge hielt an der formalen Auffassung fest die 1. Aufl. So auch Turnau G. B. O. §. 45 unter 3.

Digitized by Google

Sie sind im Grundbuche mit dem Tage der Einschreibung zu datiren und vom Grundbuchrichter und dem Buchführer zu unterzeichnen.[18]

Für jedes Grundbuchblatt sind besondere Grundakten zu halten. In diesen sind die Anträge und richterlichen Verfügungen in Urschrift, die zu Grunde liegenden Urkunden wenigstens in beglaubigten Abschriften aufzubewahren. Zu den Grundakten gehören die sogenannten Tabellen, nämlich Abschriften der betreffenden Grundbuchblätter.[19]

§. 198. Mittel der Nöthigung zum Antrag auf Eintragung.

Das Grundbuch ist zu dem Zwecke angelegt, ein getreues Bild des jeweiligen Rechtszustandes der Grundstücke zu geben. Gleichwohl erfolgen, wie bemerkt, neue Einschreibungen, durch welche die Veränderungen des dinglichen Rechtszustandes zur Oeffentlichkeit kommen, der überwiegenden Regel nach nur auf Antrag. So entsteht das Problem, wie zu bewirken ist, daß diese Anträge mit den Veränderungen des materiellen Rechts stets rechtzeitig Hand in Hand gehen, damit der Inhalt des Grundbuches immer mit dem dermaligen Rechte in Uebereinstimmung bleibt.

Die Wege zu diesem Ziele sind vorzugsweise folgende:

a) Der Rechtserwerb vollzieht sich zwar unabhängig von der Eintragung, man verläßt sich aber dafür, daß demselben die Eintragung folge, auf gewisse Vortheile, welche aus der Eintragung erwachsen, wohin namentlich das Recht der Belastung der Sache beim Grundbuch gehört, und auf die Furcht vor Nachtheilen, welche dem nichteingetragnen Berechtigten dadurch entstehen, daß die im Buche Eingetragenen noch in Verhandlungen mit redlichen Dritten als die Berechtigten gelten.

b) Man fügt dieser indirekten Nöthigung noch einen direkten Zwang hinzu, welchen der Grundbuchrichter durch Strafandrohungen und andere Maßnahmen zu dem Zwecke ausübt, um den Antrag auf Eintragung Seitens des Erwerbers des dinglichen Rechts herbeizuführen.

---

18) G. B. O. §. 44. Liegt hierin eine Bedingung der Gültigkeit, so daß Einschreibungen ohne Unterschrift nichtig sind? Dies ist die Meinung von Meibom l. c. S. 68 Anm. 5 für das Mecklenburgische Recht, welches dieselben Formen vorschreibt. Hiernach auch die erste Auflage dieses Werks; man wird indessen richtiger auch in dieser Bestimmung nur eine Ordnungsvorschrift sehen, welche thatsächlich die Zuverlässigkeit der Buchführung garantiren soll; jedenfalls ist instruktioneller Natur, wenn §. 44 bestimmt, die in die zweite und dritte Abtheilung einzutragenden Posten sind in jeder Abtheilung mit fortlaufenden Nummern zu versehen.

19) G. B. O. §. 18. Diese den Grundakten vorgeheftete Abschrift erspart dem Richter oft das schwerfällige Nachschlagen der Hypothekenbücher in Vormundschafts- und Nachlaßsachen und bei Aufnahme von Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Er thut dies aber im Falle der Ungenauigkeit der Tabelle auf eigene Verantwortung.

Digitized by Google

c) Ein grundsätzlich verschiedener Weg liegt endlich darin, daß man die Rechtsveränderung selbst abhängig macht von der Einschreibung, so daß sie sich erst durch sie und mit ihr vollzieht. Diese Weise führt am sichersten zum Ziel. Jedoch wäre es gewaltsam und müßte zur Verletzung des materiellen Rechts führen, wenn man eine solche Behandlung ohne Unterschied überall einführen wollte.

Es besteht nun ein wesentlicher Gegensatz des älteren Grundbuchrechts und des dermalen in Kraft stehenden darin, daß sich früher der Erwerb der Sachenrechte meistens ohne Eintragung vollzog, daß hingegen nach dem nunmehrigen Rechte die Eintragung in viel weiterem Umfange Erforderniß des Zustandekommens dinglicher Rechte an Grundstücken geworden ist.

Das ältere Grundbuchrecht hatte nämlich nur das Entstehen der Hypotheken schlechthin von der Eintragung abhängig gemacht, wie denn die Hypotheken auch nur durch Löschung im Buche völlig erlöschen.[1] Dagegen vollendete sich der Erwerb des Eigenthums ohne Eintragung, und zwar im Falle der freiwilligen Veräußerung schon durch die auf einen schriftlichen Vertrag gegründete Tradition des Grundstücks. In Folge dessen zeigt uns die Geschichte des preußischen Rechts ein unablässiges Experimentiren, um die Eigenhümer, welche theils aus Furcht vor den Kosten, theils aus Trägheit den Gefahren der Nichteintragung trotzten, zu den Anträgen auf Eintragung zu bestimmen und das Eigenthumsblatt auf dem Laufenden zu erhalten.

§. 199. Zwangstitelberichtigung. Das Institut der Auflassung.

Im Folgenden sind die mannichfach wechselnden Weisen darzustellen, wie man etwa seit einem Jahrhundert die Eintragung des Eigenthumserwerbs herbeizuführen suchte.

1. Schon die schlesische Hypothekenordnung legte den Erben die Pflicht auf, von dem Erbanfall binnen Jahresfrist Anzeige behufs ihrer Eintragung zu machen, und zwar bei Strafe der Erlegung des Doppelten der Gebühren im Falle unentschuldigter Versäumniß.[1] Bald darauf regelte in dem benachbarten Sachsen das churfürstlich sächsische neue Lehnsmandat die Sache allgemein dahin, daß bei Allodialgütern die sogenannte Belehnung binnen Jahr und Tag vom Erwerber nachgesucht werden müsse, und im Falle der Unterlassung durch Strafpräcepte herbeigeführt werden sollte.[2] Dem folgte unsere

1) L. R. I, 20 §. 411.

1) Schlesische Hyp. Ordn. vom 4. August 1750 §. 10. cont. IV. des C. C. M. p. 273.

2) Lehnsmandat von 1764 Tit. V. §. 4, vgl. Curtius sächsisches Civilrecht Bd. 2 Abtheilung I, S. 161.

Digitized by Google

Hypothekenordnung von 1783, indem auch sie im Interesse der öffentlichen Ordnung die Anzeige einer jeden Eigenthumsveränderung binnen Jahresfrist forderte, widrigenfalls der Erwerber durch Strafandrohung, äußersten Falles aber durch einen fiskalischen Anwalt zur Angabe und Berichtigung seines Titels angehalten werden sollte.[3] Dieses Zwangsverfahren wurde zwar nach einiger Zeit aufgehoben, indem man für genügend hielt, denjenigen, welcher seinen Erwerbstitel binnen Jahresfrist nicht eintragen ließ, mit dem Doppelten der Gebühren zu belegen,[4] bald aber durch die Verordnung vom 30. August 1810 wieder hergestellt.[5]

2. Suspendirt wurde die Verpflichtung der Grundstückserwerber zur Berichtigung ihres Besitztitels, welche als Eingriff in die persönliche Freiheit der Einzelnen galt und vornehmlich wegen der Kosten der Eintragung unbeliebt war,[6] durch die Kabinetsordre vom 31. Oktober 1831. Sie war hiermit in Wahrheit für immer beseitigt.

Jedoch ließ man die zwangsweise Einwirkung des Hypothekengerichts in dem Falle bestehen, wenn sie von einem Realinteressenten nachgesucht ward, dessen eigne Eintragung nur von der vorgängigen Einschreibung des Besitztitels des Eigenthümers abhängig war, oder auch wenn eine zuständige Behörde, z. B. die Generalkommission, der Subhastationsrichter die Eintragung des Eigenthümers forderte. Das Hypothekengericht hatte dann zunächst mit Strafandrohungen gegen den Eigenthümer zu verfahren, äußersten Falles geschah die Eintragung auf Anstehen des Provokanten, falls dieser die zur Besitztitelberichtigung nöthigen Urkunden beschaffte, oder auf den Antrag eines dem Eigenthümer zur Ordnung der Angelegenheit zwangsweise gegebenen Vertreters.[7] Eine Grundlage fand dieses Verfahren der Zwangstitelberichtigung in der Vorschrift, wonach alle gerichtlichen oder notariellen Veräußerungsverträge über Grundstücke der Hypothekenbehörde im Original oder in beglaubigter Abschrift einzusenden und zu den Grundakten zu nehmen waren. Diese Vorschrift gab auch den nicht eingetragenen Veräußerungen eine gewisse Publicität, wenn sie in derartigen Urkunden abgefaßt waren, welche in den Grundakten aufgenommen wurden. Dazu kam noch, daß

---

3) Hyp. Ordn. von 1783 II, §. 49 ff. L. R. I, 10 §. 12.

4) Publikandum vom 1. Oktober 1805. Mathis Bd. 2 S. 1. Der Staat und dinglich Berechtigte behielten das Recht, die Eintragung des Eigenthümers zu erzwingen.

5) Mathis Bd. 9 S. 322.

6) Vgl. Sethe bei Simon und Strampff Zeitschrift Bd. 1 S. 358 ff.

7) Kab. Ordre vom 6. Oktober 1833.

Digitized by Google

sämmtliche Gläubiger der zweiten und dritten Abtheilung von solchen Verträgen benachrichtigt wurden. [8]

Der so sich entwickelnde Zustand, nach welchem regelmäßig das Gutfinden des einzelnen Eigenthümers darüber entschied, ob er seine Eintragung im Grundbuche beantragen wolle, war bequem, doch dem Grundgedanken der Grundbuchverfassung entsprach er mit nichten. Denn da nun vielfach die Eintragung des Erwerbers unterblieb, so entstand häufiger als nöthig und wünschbar, die sogenannte Duplicität des Eigenthümers, indem der Eine noch als Eigenthümer verzeichnet stand, der Andere wirklicher Eigenthümer war. Die Nachtheile eines solchen Zustandes wurden im Laufe der Jahre immer fühlbarer. Dies einmal für die nicht eingetragenen Eigenthümer selbst. Bei Ausbruch unvorgesehener Kalamitäten, bei Kündigung von Kapitalien, welche bisher auf ihren Grundstücken standen, mußten sie sich nicht selten plötzlich kreditlos finden, da die Eintragung von neuen Hypotheken Aufschub erleiden mußte, bis zur Abwicklung der Operationen, welche für die eigne, nunmehr erst nachzuholende Eintragung nothwendig wurden. Die Nichteintragung des einen Eigenthümers erschwerte aber außerdem, indem sie die Reihe der Eintragungen unterbrach, die Legitimation und Eintragung aller seiner Rechtsnachfolger. Für Dritte endlich, welche mit dem Eigenthümer zu thun hatten, etwa Ablösungen vornehmen, Expropriationen durchführen oder Klage erheben wollten, erschien es unerwünscht, daß der wahre Eigenthümer nicht mehr aus dem Grundbuche mit irgend welcher Zuverlässigkeit erkennbar war.

3. Aus solchen Gründen hat nun das Gesetz über den Erwerb des Eigenthums von 1872 den Versuch gemacht, die Erwerbung des Grundeigenthums und die Eintragung desselben wenigstens für den wichtigen Fall der freiwilligen Veräußerung unmittelbar zu verbinden. Es kann im Falle einer freiwilligen Veräußerung von Grundstücken Eigenthum nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigenthumsübergangs im Grundbuche erworben werden. Diese Auflassung erfolgt durch die beim Grundbuchamt abgegebene Erklärung des eingetragenen Eigenthümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige, und des Letzteren, daß er diese Eintragung beantrage. [9]

Der Vortheil dieses neuen Systems, daß das Grundbuch nunmehr in höherem Grade als bisher den wirklichen Zustand der Eigenthumsverhältnisse darstellt, ist hoch zu schätzen. Ihm steht freilich die Schattenseite gegenüber,

8) Deklaration des §. 54 Tit. 20 Th. I des A. L. R. vom 21. März 1835, Instruktion vom 12. Juni 1835. Vgl. Förster Hypothekenordnung 2te Aufl. S. 88.

9) Gesetz über den Eigenthumserwerb §§. 1 und 2.

Digitized by Google

daß die Veräußerung von Grundstücken sich fortan nicht mehr wie bisher allein vollzieht durch den Willen und die Thätigkeit der betheiligten Parteien, daß sie vielmehr abhängig wird von der Mitwirkung des Richters, daß also der Zeitpunkt ihrer Vornahme und unter Umständen die Möglichkeit ihres Abschlusses durch das Ermessen des Richters bestimmt wird.

Ferner aber bleibt es in allen Fällen der nicht freiwilligen Veräußerung, insbesondere bei Erbfällen, auch nach dem neuen Gesetze bei dem bisherigen Zustande, wonach sich der Erwerb ohne die Eintragung vollzieht und es an einem direkten Zwange zu deren Vornahme fehlt.[10]

Ueberhaupt ist die Duplicität des Eigenthums nicht beseitigt. Ja eine solche Beseitigung ist in einem Kulturstaate undenkbar, da sie nichts andres hieße als, daß jede richterliche, wenn auch völlig ungerechtfertigte Eintragung eines Nichteigenthümers im Grundbuche diesem Eigenthum verleihe, also den wirklichen Eigenthümer expropriire.

§. 200. Die Rangordnung der Eintragungen.

1. Sind mehrere Eintragungsgesuche für dasselbe Grundstück beim Grundbuchamte eingelaufen, so hat, sofern die Betheiligten nichts Andres rechtsgültig festgestellt haben, der Zeitpunkt des *Anbringens der Gesuche* darüber zu entscheiden, in welcher Ordnung der Richter die Eintragung vorzunehmen hat.[1] Es können sich hierbei die Fälle in sehr verschiedener Weise gestalten.

Handelt es sich um solche Eintragungen, welche in *derselben Abtheilung* des Grundbuchblattes beantragt werden und die an sich mit einander *vereinbar* sind, so erledigt sich die Sache am einfachsten. Sind nämlich in einem solchen Falle die Gesuche nach einander eingekommen, so hat die Eintragung in der *Reihenfolge* des Zeitpunktes des Einlaufs der Gesuche zu geschehen, was die Priorität in der Rubrik sichert. Wurden die Gesuche dem Amte gleichzeitig vorgelegt, so hat die Eintragung zu gleichen

---

10) Es ist daher die Frage erlaubt, ob es nicht richtiger gewesen wäre, wenn man den öffentlichen Zwang zur Eintragung des Eigenthumserwerbs wieder allgemein in Kraft gesetzt hätte. Es ist anzunehmen, daß dieser Zwang nach Herabsetzung der Eintragungsgebühren um so weniger Anstoß erregt hätte, als das Handelsgesetzbuch einen ähnlichen Zwang zur Eintragung der Firma im Handelsregister eingeführt hat, dem sich das Publikum gern und willig fügt.

1) Oben §. 197. Der Zeitpunkt des Anbringens der Gesuche ergiebt sich regelmäßig aus dem auf dieselben gesetzten Präsentationsvermerk des Amtes, ohne daß jedoch der Gegenbeweis ausgeschlossen ist. Mit welcher Wirkung? Dies bestimmt sich nach Verschiedenheit der Fälle. Ist die Eintragung noch nicht erfolgt, es gelingt aber einer Partei, den Grundbuchrichter zu überzeugen, daß der Buchführer falsch präsentirte, so muß die Eintragung nach dem wirklichen Einlauf geschehen. Ist bereits eingetragen, so treten die bei Anm. 11 und 12 entwickelten Grundsätze ein.

Digitized by Google

Rechten zu erfolgen.[2][3] Zweifelhaft ist, wie der Richter zu verfahren hat, wenn ihm — sich nicht ausschließende — Gesuche auf Eintragungen in verschiedene Abtheilungen vorliegen, z. B. die Anmeldung eines Nießbrauchsrechts und einer Hypothek. Wenn auch das Gesetz dies nicht ausdrücklich bestimmt, so ist es doch als Pflicht des Richters zu erachten, bei der Eintragung in den verschiedenen Rubriken zugleich das aus der frühern Vorlegung des einen Gesuchs folgende Vorrecht zu vermerken, indem sonst die aus dem frühern Einlauf sich ergebende Priorität gefährdet würde.[4]

Endlich können aber auch die mehreren eingelaufenen Gesuche sich absolut widerstreiten. Es läuft z. B. ein Antrag des A. auf Eintragung einer Hypothek auf Grund der Bewilligung des C. ein, nachdem C. sein Grundstück bereits dem B. aufgelassen hat. Hier kann das spätere Gesuch überhaupt nicht berücksichtigt werden. Wie aber, wenn die Anträge auf Einträge, welche sich absolut widerstreben, gleichzeitig eingekommen sind? Läßt sich durch Verhandlung mit den Betheiligten eine Verständigung, welche zweckmäßigerweise anzustreben ist, nicht herbeiführen, so ist der Sachverhalt in jedem Eintragungsvermerk in möglichst klarer Weise kund zu geben und den Betheiligten zu überlassen, über den Konflikt eine proceßrichterliche Entscheidung herbeizuführen, welche das Verhältniß beider Eintragungen definitiv feststellt.[5]

2. Die bisher entwickelten Grundsätze haben den Richter bei der Einschreibung zu leiten. Ist diese aber einmal erfolgt, so richtet sich die Priorität nach dem Inhalte des Buches.

Und zwar ordnen sich die in derselben Abtheilung — also namentlich in der zweiten und dritten — eingetragenen Rechte nach der Reihenfolge der Eintragungen,[6] nach dem sogenannten Lokusprincip, so daß nicht die zeit-

---

2) Dies bestimmt Gesetz über den Eigenthumserwerb §§. 17. 34. G. B. O. §. 45.

3) Wie wenn mehrere Anträge durch dieselbe Briefpost einlaufen? Wird man die Gesuche als gleichzeitig angebracht erachten, damit der zufällige Umstand nicht entscheide, welcher Brief vom Beamten zuerst erdffnet wird? So billig dies scheint, so führt doch solche Billigkeit auf eine schiefe Ebene. Das Richtige ist, daß der Beamte schlechthin nach der Ordnung, in welcher ihm die Gesuche in die Hand kommen, präsentirt. Jede zufällige Verzögerung in der Präsentation trifft den Antragsteller. Anderer Ansicht Turnau G. B. O. Bd. 1 zu §. 45 der G. B. O. unter 2.

4) Vgl. Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 36 am Ende.

5) Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. I, S. 127. Ein Widerstreit der Rechte ist nicht anzunehmen, wenn die Eintragung trotz der andern wenigstens eventuell zur Geltung kommen kann. Es entstehen in dieser Hinsicht leicht Zweifel. Kann z. B. der Richter nach Eintragung des Konkursvermerks noch Hypotheken eintragen? Man wird dies bejahen dürfen, da sich die Kollision erledigt, wenn der Konkurs z. B. durch Akkord beendigt wird, ohne daß die Gläubigerschaft das Grundstück angreift.

6) Gesetz über den Eigenthumserwerb §§. 17. 34. Vgl. L. R. I, 20 §. 500.

Digitized by Google

liche, sondern die räumliche Aufeinanderfolge der Einträge entscheidend ist.[7] Es kommt daher auch nichts darauf an, ob ein Recht ein bedingtes oder ein zur Sicherung einer künftigen Forderung bestimmtes oder Anfangs nichtiges, später gültig gewordenes ist. Berechtigungen in verschiedenen Abtheilungen ordnen sich unter einander nach dem Datum der Eintragung,[8] [9] so daß Eintragungen unter demselben Datum gleichen Rang haben.[10] Dies aber nur, wenn nicht eine andere, z. B. auf der Priorität der Einreichung des einen Gesuchs beruhende Ordnung vermerkt ist. Ist durch einen Fehler des Richters bei der Eintragung der einen Post ein besserer, der anderen aber ein schlechterer Platz im Grundbuche zugewiesen worden, als sich nach der Priorität der Anmeldungen gebührt hätte, so rechtfertigt dies allein ein Klagerecht des Zurückgesetzten gegen den ungehöriger Weise Bevorzugten noch nicht, selbst wenn die bevorzugte Post sich noch in der ersten Hand befinden sollte.[11] Vielmehr ist zur Begründung der Klage nothwendig, daß der Zurückgesetzte entweder Dolus des Bevorzugten oder ungerechtfertigte Bereicherung nachweisen kann.[12]

---

7) Vgl. Meibom Mecklenb. Hypothekenrecht S. 261.

8) Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 36, Konkursordnung §. 55.

9) Eine Streitfrage ist, welche Wirkungen einzutreten haben, wenn eine Hypothek zuerst angemeldet wird, dann der Konkurs über das Vermögen des Eigenthümers eröffnet und die Eintragung der Konkurseröffnung vom Konkursgericht requirirt wird, endlich aber die Eintragung der Hypothek noch vorzunehmen ist. Es kommt nämlich in Betracht §. 10 der Konkursordnung: „Pfandrechte und Hypothekenrechte an dem zur Konkursmasse gehörigen Vermögen, welche von den einzelnen Gläubigern erst nach der Konkurseröffnung erlangt werden, können von denselben zum Nachtheil anderer Gläubiger nicht geltend gemacht werden." Allein trotz dieser Bestimmung wird für die Eintragung das Princip der G. B. O. §. 45 zur Anwendung kommen müssen, wonach der Zeitpunkt der Vorlegung der Gesuche auch die Ordnung der Eintragung bestimmt und in diesem Sinn wird der Grundsatz des §. 36 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb eintreten, wonach das Datum der Eintragung die Rangordnung der Belastungen zur zweiten und dritten Abtheilung des Grundbuchs regelt. Die Specialbestimmung der Konkursordnung muß daher auf den Fall beschränkt bleiben, in welchem die Hypothek später als die Eintragung des Vermerks der Konkurseröffnung angemeldet wurde. Gruchot VI. S. 230. Entsch. des Obertrib. Bd. 47 S. 381. Uebereinstimmend auch für das jetzige Recht O. Trib. Entsch. Bd. 78 S. 299, a. Anf. Schultzenstein, drei Fragen 1876 S. 42. Ueber die R. Konk. O. vgl. unten Bd. 2 §. 114 Anm. 18.

10) Natürlich *verschlechtert* sich aber durch die Eintragung die Stellung eines Rechts, z. B. einer Grundgerechtigkeit, nicht, welches schon früher bestand und der Eintragung nicht bedarf. Namentlich gilt dies auch von den sogenannten gemeinen Lasten.

11) Dies nimmt an das viel zu weit gehende Erkenntniß des Obertribunals im Archiv für Rechtsf. Bd. 37. S. 216 ff. Vergl. hiergegen die bei Turnau G. B. O. §. 45 No. 6 Citirten.

12) Die letztere liegt noch nicht ohne weiteres in Erlangung der Priorität für eine Hypothek. Dies schon um deswillen nicht, weil der Gläubiger häufig erst auf Grund des Ausweises des Hypothekenbriefes dem Schuldner die Darlehnssumme auszahlt.

Digitized by Google

Natürlich können die gesetzlichen Bestimmungen über den Rang einer einzutragenden Post stets durch Vereinbarung sämmtlicher Betheiligten unter Beobachtung der nöthigen Formen außer Kraft gesetzt werden.

§. 201. Anfechtbare Einschreibungen.[1]

Die Einschreibung — sei sie Eintragung oder Löschung — kann der Anfechtung unterliegen.[2] Dieselbe kann nämlich entweder *nichtig*, oder *unrichtig*, oder doch *entkräftbar* sein.

1. Nichtig ist diejenige Einschreibung,[3] welche unverständlich ist, oder gar nicht in das Grundbuch gehört, oder sonst gegen die wesentlichen auf die Form der Einträge sich beziehenden Vorschriften verstößt. Dergleichen nichtige Einträge haben keine rechtliche Wirkung. Sie können von Amtswegen entfernt werden.[4] Es kann aber auch derjenige, zu dessen Nachtheil der Eintrag für den Fall seiner Gültigkeit gereichen würde, gegen den, welchem derselbe in diesem Falle von Vortheil wäre, auf Zustimmung zur Beseitigung klagen, wenn er solche verweigern sollte.[5]

2. *Unrichtig* ist eine Einschreibung, welche zwar den äußern buchmäßigen Anforderungen entspricht, aber einen nicht bestehenden dinglichen Rechtszustand bekundet. Eine solche Eintragung kann in einem bloßen Versehen des Richters ihre Veranlassung haben, z. B. A wird in Folge eines Irrthums des Richters als Eigenthümer eingeschrieben statt des B. Eine materiell unrichtige Einschreibung kann ferner geschehen sein, weil die Urkunden, auf welche sie sich stützte, Unrichtiges bekundeten, z. B. es wird in einer gerichtlichen Erbbescheinigung A als Erbe bezeichnet statt des B, oder weil sonst wesentliche Voraussetzungen nicht zutreffen, z. B. die zu Grunde liegende Auflassung war wegen des Mangels der Verfügungsfähigkeit des Auflassenden nichtig. Durch eine solche Einschreibung wird keineswegs das unrichtigerweise bekundete dingliche Verhältniß auch wirklich begründet. Vielmehr entsteht nur der buchmäßige Anschein des entsprechenden Rechts, wie

---

1) Vgl. Exner, das Publicitätsprincip. Wien 1870. S. 81 ff.

2) Das Gesetz über den Eigenthumserwerb spricht dies im §. 9 und §. 10 für die Eintragung des Eigenthumsübergangs besonders aus. Das Gleiche gilt aber für alle anderen Einschreibungen nach allgemeinen Grundsätzen, wie nach der Analogie dieser Bestimmungen.

3) Exner l. c. S. 113 betrachtet als nichtig auch solche Einträge, welche der gesetzlich erforderten *Unterlagen* entbehren, so die Hypothek, welche auf Grund einer nicht ingrossationsfähigen Urkunde erfolgte. Wir können nicht zugestehen, daß hier die äußere Form der Eintragung fehle und stellen solche Eintragungen in die Kategorien der „unrichtigen," welche freilich Exner überhaupt nicht kennt.

4) Vgl. G. B. O. §§. 97. 98.

5) Vgl. Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht S. 86 ff. Die Klage wird sich meist als negatorische darstellen.

Digitized by Google

dies auch dann der Fall ist, wenn die ursprünglich richtige Eintragung in Folge späterer Ereignisse nicht mehr mit dem wirklichen Rechte übereinstimmt. Der materiell Berechtigte kann daher sein Recht immer noch durch eine sogenannte Anfechtungsklage zur Anerkennung bringen, durch welche eine neue Einschreibung, sei es eine Eintragung oder Löschung, bezweckt wird. Die innere Natur dieser Klage richtet sich nach dem materiellen Rechte des Klägers. In den oben angeführten Beispielen ist dieselbe eine Eigenthumsklage, die aber die besondere Aufgabe hat, den buchmäßigen Zustand mit dem materiellen Rechte in Uebereinstimmung zu bringen.[6]

3. Endlich kann eine an sich formgerechte Eintragung, wenn sie auch mit dem wirklichen dinglichen Rechtszustande übereinstimmt, doch *entkräftbar* sein, dies namentlich weil sie des gehörigen inneren *Rechtsgrundes* entbehrt. Es wäre z. B. eine Eintragung als Eigenthümer auf Grund einer gehörigen Auflassung erfolgt, es läge aber dieser Uebereignung ein nichtiges Kaufgeschäft zu Grunde. Der A hätte dem B eine Grundschuld bewilligt zur Hingabe an Zahlungsstatt auf eine angebliche Verbindlichkeit, welche aber bereits ohne Wissen der Betheiligten getilgt war. In solchen Fällen ist die Anfechtungsklage eine persönliche, sich auf eine ungerechtfertigte Bereicherung dessen stützend, welchem die Einschreibung zum Vortheil gereichte — eine sogenannte Kondiktion. Diese Anfechtung geht daher schon ihrer Natur nach nicht gegen Dritte.

Anders steht es mit der Anfechtung, welche die unter 2. besprochene *Unrichtigkeit* der Einschreibung geltend machen soll. Sie ist ihrer dinglichen Natur nach an sich auch gegenüber Dritten zuständig, insofern diesen nicht der Glaube des öffentlichen Buchs zur Seite steht. Auch kann sie von jedem dinglich Berechtigten, welcher bei der Aufdeckung des wirklichen Sachverhalts ein eigenes Interesse hat, geltend gemacht werden.[7]

§. 202. *Der öffentliche Glaube.*[1] *Die Oeffentlichkeit des Buchs.*

Im Interesse der Sicherheit des Verkehrs gilt der Satz, daß sämmtliche äußerlich formgerechte, auf den dinglichen Rechtszustand eines Grund-

6) Eine unrichtige Einschreibung kann richtiger Ansicht nach selbst dann nicht mehr kurzer Hand vom Richter entfernt werden, wenn sie auf einem bloßen Versehen beruhte, falls möglicherweise Dritte auf Grund derselben Rechte erworben haben. Dagegen ist der Richter, um weiteren Schaden zu verhüten, von Amtswegen eine Vormerkung oder im Fall einer Löschung eine neue Eintragung zu machen, befugt. Vgl. G. B. O. §. 118. Ferner Möbius in Ulrichs Archiv Bd. 16. S. 213 ff. Oben §. 197. Anm. 1.

7) Eine Ausnahme findet sich bei der Grundschuld: Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 40.

1) Exner: Das Publicitätsprincip, insbesondere S. 58 ff. v. Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht S. 81. Vgl. auch Wächter, Erörterungen I. S. 219 ff. Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. I. S. 65 ff.

Digitized by Google

stücks bezügliche Einschreibungen im Grundbuche formelle Wahrheit zu Gunsten Dritter bilden,[2] wenn sie auch materiell unrichtig sein sollten.[3] Dies ist es, was man den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nennt.

1. Der öffentliche Glaube knüpft sich allein an das Grundbuch. Was etwa Abweichendes in den Grundakten sich findet, kommt nicht in Betracht; eine Prüfung derselben kann dem Erwerber nicht zugemuthet werden.[4] Ebensowenig kommt Glauben zu den über Eintragungen im Grundbuche ausgefertigten Urkunden, insbesondere auch nicht den Hypothekenbriefen. Es kann daher der Cessionar eines Hypothekenbriefs aus dessen Fassung keine Rechte gegen den Schuldner herleiten, wenn der Brief in Folge eines Versehens günstigere Bestimmungen enthielt, als das Grundbuchblatt, welches dessen Original bildet.[5]

Einzig bei dem Grundschuldbrief verhält es sich anders, indem dem Brief im Interesse seiner Umlaufsfähigkeit öffentlicher Glaube beigelegt ist, auch wenn sein Inhalt vom Buche abweicht.[6]

2. Nur diejenigen Einschreibungen haben Glauben, welche die dinglichen Rechtsverhältnisse des Grundstücks bekunden. Auf bloße thatsächliche Angaben, z. B. über den baulichen Zustand des eingetragenen Gebäudes, hat derselbe keinen Bezug. Kontrovers ist aber, ob die nach den Grund- und Gebäudesteuerbüchern eingetragnen Angaben über Lage und Größe der Grundstücke öffentlichen Glauben haben, da das Gesetz — G. B. O. §. 4 — erklärt, daß diese Angaben zur Ausmittelung des realen Bestandes der Grundstücke dienen sollen. Bei der Berathung der Gesetze vom 5. Mai 1872 machte sich vielfach die bejahende Ansicht geltend; eine nähere Prüfung ergiebt jedoch, daß dieser Standpunkt nicht haltbar ist. Eine ausdrückliche Ausschließung des Gegenbeweises gegen jene Angaben ist nicht statuirt; dieselbe

---

2) Vgl. Gesetz über den Eigenthumserwerb §§. 9. 38. G. B. O. §. 118, wo sich einzelne Anwendungen des allgemein vorausgesetzten Princips finden. Vgl. L. R. I, 10. §. 7 ff. I, 20. §. 410.

3) Sei es, daß sie von Anfang unrichtig waren, sei es, daß sie ursprünglich richtig standen, aber in Folge von Veränderungen des materiellen Rechts unrichtig wurden.

4) Anders freilich die jetzt antiquirte Specialbestimmung L. R. I, 18. §. 260. Doch wird man hierin nicht den Ausdruck eines allgemeinen Princips sehen dürfen. Vgl. Entsch. d. O. Trib. Bd. 51. S. 203.

5) Natürlich aber bleibt dem Cessionar der Regreß gegen den Richter, welcher etwas bei der Ausfertigung versah und letzten Falls gegen den Staat G. B. O. §. 29, so daß eine reelle Gefährdung desselben nicht eintritt.

6) Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 38 schreibt dies ausdrücklich allerdings nur für die Klage gegen den Besitzer vor. Konsequenterweise muß der Sache aber weitere Anwendung auch bei Subhastationen gegeben werden. Hiernach ist es nicht Sache des Erwerbers des unrichtigen Grundschuldbriefs, seinen Regreß an den Richter, resp. Staat zu nehmen, sondern desjenigen, welcher durch die Gültigkeit des unrichtigen Briefs zu Schaden kommt.

Digitized by Google

würde auch zu erheblichen materiellen Härten führen, da die Steuerbücher vielfach nur approximative Angaben geben wollen, Irrthümer in denselben nicht vermeidbar waren, die Absicht derselben nicht auf Fixirung der privatrechtlichen Verhältnisse gieng und eine Erhebung zur allein maßgebenden Entscheidung ohne Zuziehung der Betheiligten eine Rechtsverkürzung enthielte, welche nicht ohne zwingenden positiven Anhalt angenommen werden kann.[7] Dagegen sichert der öffentliche Glaube die Einschreibungen des Eigenthums und der dinglichen Rechte, wie die Veränderungen und Löschungen. Was insbesondere die Belastungen anlangt, so kommt derselbe in doppelter Richtung in Betracht:

a. positiv, indem, wie bemerkt, Dritte die formgerechte Eintragung als rechtsbeständig ansehen können,

b. negativ, indem solche dingliche Rechte, welche nicht durch das Buch veröffentlicht sind, Dritten gegenüber ohne Wirkung sind, sofern ihnen nicht ausnahmsweise auch ohne buchmäßige Bekundung aus besondern Gründen absolute dingliche Kraft zugetheilt ist.

3. Auf den öffentlichen Glauben kann sich der nicht berufen, welcher die Einschreibung selbst genommen hat.[8] Die Bedeutung des öffentlichen Glaubens liegt vielmehr darin, daß die von dritten Personen dem Eingetragenen gegenüber erworbenen Rechte in Kraft bleiben, auch wenn die Eintragung ihres Rechtsvorfahrs dem wahren Rechte nicht entspricht. Dies gilt nicht nur für den Fall des Erwerbs im Wege freier Vereinbarung mit dem Eingetragenen, sondern ebensosehr, wenn ohne dessen Zustimmung in Folge eines Erkenntnisses oder auf Ersuchen einer zuständigen Behörde eine Eintragung, z. B. eine sogenannte Judikatshypothek, genommen wurde.[9]

Daß das Recht dessen, welcher sich auf das Buch verließ, eingetragen wurde, ist nicht gefordert, vielmehr sind auch Erwerbungen von Rechten gesichert, deren Dinglichkeit, wie bei Miethe und Pacht, nicht von einer Eintragung abhängt.[10]

---

7) Unter dem Eindruck der Landtagsverhandlungen sprachen sich für den öffentlichen Glauben der bezüglichen Angaben aus Förster G. B. R. und die erste Auflage dieses Werks §. 202 Anm. 7. Auch das O. Trib. hat sich Entsch. Bd. 76. S. 69 ff. in seiner Motivirung dem angeschlossen. Vgl. aber Gruchot Bd. 20 S. 1 ff. S. 25 ff. und die eingehende Untersuchung bei Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. I. §. 17, auf Grund deren sich eine weniger strenge Auffassung als unumgänglich herausstellte.

8) Vgl. oben §. 201.

9) So auch Plenarbeschluß des Obertribunals n. 380. Entsch. Bd. 3. S. 235.

10) Gesetz über den Eigenthumserwerb §§. 9. 38. Dies ist in Uebereinstimmung mit L. R. I, 10. §§. 7. 8. Der Entwurf des Gesetzbuchs hatte seinerzeit die Bestimmung auf gerichtliche Verhandlungen beschränkt, Suarez war aber — revisio monitorum — der Meinung, daß der Zweck der Hypothekeneinrichtung es mit sich bringe, daß auch derjenige, welcher mit dem eingetragenen Besitzer außergerichtlich bona fide

Digitized by Google

4. Da der Zweck unseres Rechtssatzes nur dahin geht, den redlichen Verkehr zu schützen, so kommt der Glaube des Buchs demjenigen nicht zu Gute, welcher nachweisbar beim Erwerb das abweichende materielle Rechtsverhältniß kannte, also nicht im redlichen Glauben war.[11 12] Es bezieht sich dies aber nur auf den Fall der Kenntniß eines vom Buch verschiedenen dinglichen Rechtszustandes,[13] dagegen schadet es dem dritten Erwerber, falls er eingetragen ist, nicht, wenn er wußte, daß seinem Rechtsvorfahr eine persönliche Verpflichtung oblag, deren Erfüllung sich mit seinem erworbenen Rechte nicht verträgt.

Es kann ferner auf den Glauben des Buchs sich regelmäßig nur stützen, wer gegen Entgelt ein Recht am Grundstück erworben hat.[14] Daher kommt derselbe z. B. nicht zu Gute dem Erwerb durch Schenkung, Vermächtniß, dem Erwerb des Eigenthums durch gütergemeinschaftliche Ehe, oder auch des ehemännlichen Nießbrauchs.[15]

Die Berücksichtigung der Frage des entgeltlichen oder unentgeltlichen Erwerbs ist jedoch schlechthin ausgeschlossen bei den Grundschulden.[16]

5. Mit dem öffentlichen Glauben des Buchs steht die Oeffentlichkeit des Grundbuchs und der Grundakten in naher Beziehung. Vermöge der-

---

kontrahirt habe, gegen alle Anfechtung sicher gestellt sei. Bornemann, 1. Aufl. Bd. 2. S. 244.

11) Gesetz über den Eigenthumserwerb §§. 9. 38. Vgl. L. R. I, 10. §. 10. I. 20. §. 423. Wie es sich mit der Kenntniß von nicht eingetragenen Beschränkungen des Eigenthums verhält, hinsichtlich deren §. 11. 12. 15 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb nicht in voller innerer Uebereinstimmung stehen, wird im §. 275 dargestellt werden.

12) Welcher Augenblick kommt für die Beurtheilung der Redlichkeit bei solchen Rechten in Betracht, welche durch Eintragung erworben werden? Genügt Redlichkeit im Augenblick der letzten Handlung des Erwerbers, also bei der Anmeldung der Hypothek, im Moment der Auflassung oder ist das redliche Bewußtsein im Augenblick der Eintragung gefordert. Gegen das Letztere spricht, daß der Erwerber von dem Moment, in welchem sich die Eintragung vollzieht, regelmäßig keine Kenntniß hat, so daß sie mit seinem inneren Bewußtsein nichts gemein haben kann. So Roloff in Ulrichs Archiv Bd. 15 S. 429. Dennoch hat sich bisher das Obertribunal für das Gegentheil entschieden, weil eben mit der Eintragung erst das dingliche Recht zur Existenz komme. So Entsch. Bd. 22. S. 229. Präj. n. 2346.

13) Der Erwerber wußte z. B., daß der als Erbe Eingetragene nicht wirklich Erbe und folglich nicht Eigenthümer war, oder daß er sein Eigenthum in Folge einer ehelichen Gütergemeinschaft zum Theil wieder verloren hatte u. s. f. — Dem Rechtsnachfolger kommt auch hier ohne Rücksicht auf den eigenen Glauben das Recht seines Vorfahrs zu Gute. Anders R. Koch bei Gruchot Bd. 4 S. 358 ff.

14) Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 9. Vgl. L. R. I, 20. §. 423. Einl. des L. R. §. 96.

15) Gegen die Berücksichtigung der Entgeltlichkeit spricht sich freilich aus Exner S. 62 ff. Doch sein Grund, daß es Geschäfte gebe, bei welchen der Charakter der Entgeltlichkeit zweifelhaft ist, kann um so weniger entscheiden, als der Beweis, daß der Erwerb dessen, der sich auf das Buch prima facie stützt, nicht gegen den Entgelt geschah, richtiger Ansicht nach dem obliegt, welcher denselben ansicht.

16) Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 38.

Digitized by Google

selben kann Jeder die Einsicht dieser Urkunden fordern, welcher bei derselben ein redliches Interesse hat. Ein solches Interesse hat vor Allem der Eigenthümer des Grundstücks, welcher auch jederzeit eine beglaubigte Abschrift des vollständigen Grundbuchblatts verlangen kann,[17] desgleichen der eingetragene dinglich Berechtigte, endlich aber auch jeder Andere, welcher Rechte am Grundstück erwerben oder sonst Rechte gegen den Eingetragenen geltend machen will. Ueber das Vorhandensein des rechtlichen Interesses entscheidet das Ermessen des Vorstehers des Grundbuchamtes.[18]

§. 203. Aktive und passive Klaglegitimation des Eingetragenen.

Die Eintragung, welche unrichtigerweise erfolgt ist, giebt dem Eingetragenen zwar, wie wir sahen, das zugeschriebene Recht nicht. Wohl aber legitimirt der durch das Buch hervorgerufene Anschein eines Rechts nach dem neuen Grundbuchrecht aktive und passive den Eingetragenen zur Klage.

1. Nach dem älteren Rechte konnte der als Eigenthümer Eingetragene auf diese Eintragung eine Eigenthumsklage nicht stützen,[1] vielmehr mußte er sich auf die Unterlagen der Einschreibung beziehen, um dieselbe zu begründen. Jetzt berechtigt die Eintragung allein den als Eigenthümer Eingetragenen, alle Klagrechte des Eigenthümers auszuüben.[2] Dem Besitzer ist gleichwohl zu verstatten, zur Entkräftung der dem Kläger durch das Grundbuch gegebnen Klaglegitimation im Wege der Einrede vorzubringen und zu beweisen, daß dem Gegner das angebliche Eigenthum in der That nicht zusteht und daß dessen Eintragung daher der Anfechtung unterliegt.[3] Es steht ihm ferner die Geltendmachung von Gegenansprüchen und Einreden anderer

17) G. B. O. §. 120.

18) G. B. O. §. 19. Ob eine Bescheinigung des behaupteten Interesses stattzufinden hat, oder eine bloße Darlegung genügt, darüber bestimmt eben das Ermessen des Grundbuchrichters. Die Gestattung der Einsicht kann sich auf einen Theil des Buchs oder der Grundakten beschränken. — Unbedingte Freigebung der Einsicht des Buchs auf die Gefahr hin, daß sie einmal aus frivolen Gründen nachgesucht würde, wäre übrigens richtiger gewesen, als das Ermessen des Grundbuchrichters entscheiden zu lassen. Es ist daher nicht skrupulös zu verfahren; bezüglich der Grundakten ist eine strengere Praxis gerechtfertigt. Die früheren Bestimmungen finden sich Hyp. O. I. §. 73 ff. Novelle von 1853. §. 53.

1) Vgl. Striethorst, Archiv Bd. 12. S. 257. Vgl. auch Wächter Erört. I. S. 219. Dagegen freilich u. A. Entsch. des O. Trib. Bd. 36. S. 74, das Urtheil in Ulrichs Archiv Bd. 14. S. 301 ff.

2) Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 7. Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. I, S. 236.

3) Es folgt dies aus §. 9 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb, wonach die Eintragung des Eigenthumsübergangs und deren Folgen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts angefochten werden kann. Dies also nicht nur im Wege der Klage, sondern auch der Einrede. Wenn im §. 7 gewisse Einreden, insbesondre die auf ein Erwerbsgeschäft des Verklagten sich gründende, gegenüber der Klage des als Eigenthümer Eingetragenen ausgeschlossen sind, so ist hiermit nicht die Unzulässigkeit jeder Einrede bestimmt.

Digitized by Google

Art offen, z. B. auf Grund eines etwaigen Mieth- oder Pachtrechts sowie wegen Verwendungen. Die positiven Ausnahmen vom Recht der Geltendmachung von Einreden bezüglich der exceptio rei venditae und der Verjährung sind später zu erörtern.

Den Besitz des Verklagten, sowie die Identität des eingetragnen Objekts mit dem in Anspruch genommenen hat Kläger zur Fundirung seiner Klage außer seiner Eintragung darzuthun.

2. Die neuere Gesetzgebung erklärt[4] auch den als Eigenthümer Eingetragnen für verpflichtet, sich auf die gegen ihn als Eigenthümer des Grundstücks gerichteten Klagen einzulassen. Dies ohne Unterschied, ob er im Besitz ist und ob er bei der Vertheidigung der Sache ein Interesse hat.[5] Vorausgesetzt ist aber für die Anwendung der Bestimmung, daß der als Eigenthümer Eingetragne noch am Leben sei, da man an Verstorbne Vorladungen nicht ergehen lassen kann.

Die Absicht des Gesetzes, welche dahin ging, die Lage der Hypothekengläubiger zu verbessern, würde nur erreicht, wenn das gegen den Eingetragnen ergangne Urtheil auch gegenüber dem Besitzer der verhafteten Sache Rechtskraft machen würde. Ausgesprochen ist dies aber nicht, obgleich gerade hierin das Wesentliche der Neuerung läge. Man hat es der Praxis überlassen, die nur angedeuteten gesetzgeberischen Intentionen zu verwirklichen. Dieselbe wird aber bei dem Mangel einer unzweideutigen, legislativen Norm geneigt sein, an dem Principe festzuhalten, daß Erkenntnisse nur unter den Proceßparteien Rechtskraft haben, und daß nicht erörterte Einreden des Naturalbesitzers durch einen Proceß gegen den Eingetragnen, bei dem er nicht zugegen war, nicht beseitigt sind. Die nach wie vor zulässige Klage gegen den Besitzer wird daher in der Regel vorgezogen werden.

Was für die Legitimation des eingetragenen Eigenthümers im Gesetz verordnet ist, muß, da ein innerer Grund für eine verschiedene Behandlung nicht vorliegt, hinsichtlich aller anderen Eintragungen Anwendung finden, so daß z. B. wer als Nießbraucher eingetragen ist, alle Klagerechte eines Nießbrauchers ausüben kann.

Sehr zweifelhaft ist, ob auch Eintragungen, welche vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes genommen wurden, inskünftige die Wirkung der Feststel-

---

4) Gesetz über den E. E. §. 7. Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. I, S. 260.

5) Fraglich ist, wie sich die Sache gestaltet, wenn der eingetragene Eigenthümer das Grundstück derelinquirt hat, um sich den Lasten desselben zu entziehen. Hier muß er nach dem jetzigen Grundbuchrecht, um diese Absicht zu erreichen, die Dereliktion in der zweiten Abtheilung des Grundbuchs vermerken lassen, weil er sonst nach wie vor verpflichtet bleibt, sich auf die gegen ihn als Eigenthümer des Grundstücks gerichteten Klagen einzulassen.

Digitized by Google

lung der Klaglegitimation nach außen haben. Der Zweifel liegt darin, daß hiernach die Lage der bereits bestehenden dinglichen Rechte, deren Eintragung unterblieben ist, mit dem Inkrafttreten des Gesetzes verschlechtert würde, so daß eine gewisse Rückwirkung des Gesetzes einträte. Jedoch scheint uns dieselbe von dem Gesetze beabsichtigt und nicht ungerechtfertigt, da ja der dinglich Berechtigte, welcher hierdurch Gefahr läuft, sich eintragen lassen kann.[6]

§. 204. Von den Vormerkungen.[1]

Dingliche Rechte und Ansprüche sind nach dem Grundbuchsystem durch die den Eingetragnen zustehende Verkehrslegitimation solange gefährdet, als sie nicht gleichfalls in das Buch aufgenommen sind. Die normalen Wege zu dieser Aufnahme stehen aber nicht immer unmittelbar offen, denn die Bewilligung der Eingetragnen kann versagt werden oder auf Schwierigkeiten stoßen und ein die Eintragung anordnendes Erkenntniß ist erst in längerer Zeit zu erstreiten. Es war daher nöthig die Möglichkeit zu eröffnen, in der Zwischenzeit auf schleunigem Wege die Wahrung von Realrechten beim Grundbuch zu erlangen. Zu diesem Zweck bildeten sich die s. g. hypothekarischen Protestationen[2] aus, neuerdings von den Gesetzen Vormerkungen genannt. Von solchen ächten Vormerkungen sind aber zu unterscheiden die konsentirten Vormerkungen, welche auf einer Bewilligung des Eingetragnen beruhen und einen andern Charakter haben.

Die Vormerkungen der ersten Art zerfallen in zwei Hauptklassen:

a. Sie sollen — als s. g. protestationes pro conservando loco — ein selbständiges Recht sichern, sei es daß dasselbe bereits als dingliches besteht und nur noch im Grundbuch zu beurkunden ist, sei es daß es sich um einen Realanspruch handelt, welcher erst durch die Eintragung perfekt wird, wie namentlich die Hypothek. Es gehören hierher auch Eintragungen zur Sicherung persönlicher Ansprüche im Wege des Arrestes, früher s. g. protestationes de non amplius intabulando — da sie, im Falle sich die klägerischen Ansprüche bewahrheiten, in Hypotheken umgeschrieben werden können. b. Im andern Fall liegen den Vormerkungen nicht selbständige Ansprüche, sondern bloß sogenannte Widerspruchsrechte zu Grunde, s. g. protestationes pro conservandis exceptionibus. Solche Widerspruchsrechte

---

6) Die entgegengesetzte Ansicht hat das Obertrib. Bd. 71. S. 243 ff. Vgl. auch Dernburg und Hinrichs a. a. O. Bd. I, S. 51.

1) Gesetz über den E. E. §§. 8. 9. 16. 22. 27. 49. 58—60. 70. G. B. O. §§. 88. '89. 91. 92. 102. 119. 121. Hypothekenordnung von 1783 II, §. 289—300. Novelle vom 24. Mai 1853 §. 43 ff. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. I, S. 345 ff.

2) Vergl. Hyp. Ordn. II, §. 289.

Digitized by Google

können sich entweder darauf stützen, daß das eingetragene Recht von vornherein anfechtbar war, oder darauf, daß Erlöschungsgründe, welche aber nicht unmittelbar liquid zu machen sind, eintraten, z. B. die Befriedigung des Hypothekars, ohne daß die löschungsfähige Quittung sofort beizubringen ist.

Vormerkungen gegen den Eigenthümer gehören stets in die erste Klasse. Dies auch dann, wenn sie eine Anfechtung der Eintragung des Eigenthümers, z. B. wegen wesentlichen Irrthums, Betrugs vorbereiten sollen, denn der Anfechtungskläger kann niemals bloß negativ eine Löschung des Rechts des einmal eingetragenen Eigenthümers erlangen, sondern stets nur positiv die eigene Neueintragung fordern, welche durch die Vormerkung vorbereitet wird.[3]

Die buchmäßige Stelle einer Vormerkung, welche gegen den Eigenthümer genommen wird, ist nicht in der ersten, sondern in der zweiten Abtheilung neben den Eigenthumsbeschränkungen. Alle andern Vormerkungen hingegen sind in derselben Abtheilung und unter derselben Nummer einzutragen, unter welcher später die endgültige Einschreibung vorzunehmen ist.[4]

Aechte Vormerkungen können nach der jetzigen Grundbuchverfassung nur eingetragen werden auf Ersuchen des Proceßrichters; ohne eine solche Grundlage ist der Grundbuchrichter der Regel nach nicht mehr befugt, eine Vormerkung einzuschreiben.[5]

Der Proceßrichter hat auf Antrag des Betheiligten die Eintragung einer Vormerkung beim Grundbuchamt dann nachzusuchen, wenn ihm der Anspruch oder das Widerspruchsrecht, welche durch die Vormerkung gesichert werden sollen, glaubhaft gemacht wird.[6] In welcher Weise dies zu geschehen hat,

3) Siehe oben §. 196 sub 1.

4) Wenig genau ist freilich G. B. O. §. 88 gefaßt. Es heißt dort, Vormerkungen werden in der ersten Hauptspalte der zweiten Abtheilung eingetragen, wenn sie ein in diese Abtheilung einzutragendes Recht betreffen, in der ersten Hauptspalte der dritten Abtheilung, wenn durch sie das Recht auf eine Hypothek oder Grundschuld gesichert werden soll. „In gleicher Weise, fährt der Abs. 2 fort, ist bei Vormerkungen zur Sicherung von Löschungen eingetragener Rechte zu verfahren." Man würde sehr fehl gehen, wenn man gemäß dem Wortlaut dieses von der Kommission des Abgeordnetenhauses herstammenden Zusatzes Vormerkungen zur Sicherung von Löschungen in die erste Hauptspalte der zweiten und dritten Abtheilung setzen wollte. Vielmehr ist die Meinung nur die, daß sie in ähnlicher Weise, wie jene Vormerkungen in derjenigen Abtheilung und unter derselben Nummer einzutragen sind, unter welcher die endgültige Eintragung zu geschehen hat. Ihr Platz ist dort in der zweiten Hauptspalte unter den sogenannten Veränderungen.

5) Gesetz über den Eigenthumserwerb §§. 8. 16. 22. Nach der Hypothekenordnung verfügte der Hypothekenrichter regelmäßig selbst über die Eintragung einer Vormerkung Hyp. Ordn. II, §. 292; dagegen war bereits seit dem Inkrafttreten der Novelle vom 24. Mai 1853 §. 43 ff. die Eintragung der Vormerkung der Regel nach von dem Ersuchen des Proceßrichters abhängig.

6) Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 70.

Digitized by Google

darüber spricht sich das Gesetz nicht aus. Es genügt jedenfalls das, was man bisher processualisch Bescheinigung nannte.[7] In besonderen Fällen mag aber schon die einfache Versicherung des Antragstellers, wenn sie dem Richter den Umständen nach glaubhaft erscheint, genügen. Ein kontradiktorisches Verfahren, in welchem derjenige, gegen welchen die Vormerkung genommen wird, vorher gehört wird, ist so wenig vorzunehmen, wie beim Arrestschlag.

Die Wirkung der Vormerkung besteht darin, daß spätere Eintragungen und Verfügungen dem Protestanten an seinem Rechte nicht mehr nachtheilig werden können.[8 9] Werden die Voraussetzungen des früher zweifelhaften Anspruchs später liquid gestellt, so kann eine endgültige Eintragung oder eine Löschung an Stelle der Vormerkung treten. Meist wird diese endgültige Einschreibung nur auf Ersuchen des Proceßrichters oder mit Bewilligung dessen, gegen welchen die Vormerkung gerichtet war, erfolgen. Das Recht des Protestanten purificirt sich aber auch dadurch, daß die Voraussetzungen der endgültigen Eintragung liquid werden, selbst wenn dieselbe noch nicht geschehen ist. Insbesondere wird auch eine bloß protestativisch eingetragene Hypothek, wenn die Erfordernisse der endgültigen Eintragung vorliegen, bei einer nothwendigen Subhastation aus den Kaufgeldern des subhastirten Grundstücks an der durch die Vormerkung gesicherten Stelle befriedigt.

Von den bisher behandelten Vormerkungen ist sehr abweichend die zweite Klasse, die wir als konsentirte Vormerkungen bezeichnen. Es sind dies die Einschreibungen einer Anwartschaft auf die künftige Eintragung des Eigenthums oder eines dinglichen Rechts. Das Gemeinsame der beiden Arten von Einschreibungen liegt darin, daß sie beide nicht das endliche Ziel des Antragstellers bilden, vielmehr eine zweite, endgültig bezweckte Eintragung vorbereiten sollen. Die Verschiedenheit liegt im inneren Charakter. Bei der ächten Vormerkung handelt es sich um einen Anspruch, welcher wegen Mangels genügender Nachweise nicht sofort eintragungsfähig ist. Der konsentirten Vormerkung hingegen liegt ein Anspruch zu Grunde, welcher formell völlig liquid ist, nach dessen Inhalt es aber noch von der Zukunft, vielleicht noch von ungewissen Ereignissen abhängt, ob er zu der in Aussicht genommenen Rechtsveränderung führt, z. B. es schließt Jemand den Vertrag, wonach sich ihm der Eigenthümer verpflichtet, auf Anfordern ein Grundstück

7) Eine solche Bescheinigung durch unverdächtige Urkunden oder auf andere Art forderte die Hyp. Ordn. II, §. 291.

8) Verschiedene Vormerkungen ordnen sich daher, wie andere Einschreibungen, nach der Reihenfolge oder dem Datum der Eintragung.

9) Vgl. Hyp. Ordn. II. §. 298.

Digitized by Google

innnerhalb eines Jahres abzutreten, und er läßt diesen Vertrag im Buche vormerken.[10]

Die Löschung einer Vormerkung geschieht entweder auf Antrag desjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung eingetragen ist, oder auf Ersuchen des Proceßrichters. Ist die Vormerkung bei Einleitung eines Processes eingetragen, so bestimmt dessen Verlauf über ihren Fortbestand. Wird die Klage abgewiesen, so stellt der Proceßrichter auf Antrag des Verklagten das Ersuchen der Löschung; siegt der Kläger, so kann er die endgültige Eintragung fordern. In andern Fällen bedarf es der Klage des bei der Löschung Interessirten, wenn der Protestant die Bewilligung zu derselben verweigert. Der Eigenthümer insbesondere kann eine actio negatoria[11] gegen denjenigen anstellen, welcher die Vormerkung genommen hat.[12][13] Der Proceßrichter hat dann auf Löschung der Vormerkung zu erkennen, wenn derjenige, welcher sie erwirkte, nicht nachweisen kann, daß ihm entweder jetzt das dingliche Recht zukomme, welches gesichert werden soll, oder daß er wenigstens eine Anwartschaft auf ein solches Recht habe.

§. 205. Aufgabe des Grundbuchrichters. Legalitätsprincip.

Die Funktionen des Grundbuchrichters bestehen theils in vorschriftsmäßiger Ausführung des Mechanismus der Grundbuchverfassung, theils in richterlicher Entscheidung.

Zu den mehr mechanischen Funktionen gehören Einschreibungen zur Erhaltung der Uebersichtlichkeit des Buchs, z. B. die Schließung solcher Blätter, von denen sämmtliche eingeschriebene Grundstücke abgeschrieben sind,[1] ferner vorschriftsmäßige Mittheilungen an die Interessenten, wie denn unter

---

10) Eine besondre Art der Vormerkung ist die der Litigiosität in Fällen, in welchen eingetragnes Eigenthum oder dingliches Recht im Proceßweg angegriffen ist. Vgl. oben §. 132 Anm. 5. L. R. I, 11. §. 383 ff. A. G. O. I, 24. §. 9. Es ist einleuchtend, daß es genügt, um den Vermerk der Litigiosität zu erwirken, wenn der Antragsteller eine dingliche Klage angestellt hat, da dies das Verhältniß der Litigiosität begründet. Ungerechtfertigt wäre es zu verlangen, daß der Antragsteller die materielle Begründetheit seines Klaganspruchs dem Richter außerdem glaubhaft mache. Denn eingetragen wird die aus der Litigiosität folgende Veräußerungsbeschränkung, nicht der Anspruch, welcher dieselbe veranlaßt hat.

11) Vergl. unten die Lehre der actio negatoria. Die Klage kann daher im dinglichen Gerichtsstande angestellt werden. A. G. O. I. 2. §. 111.

12) Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 7. G. B. O. §. 92.

13) Auch kann der Eigenthümer, wie die Hypothekenordnung II. §. 297 hervorhob, wenn er das vom Protestanten angemaßte illiquide Realrecht nicht anerkennen will und letzterer sich zu dessen rechtlicher Ausführung nicht sofort anschickt, denselben dazu mittels Anstellung einer Provokationsklage auffordern; nach der R. C. P. O. besteht das Recht nicht.

1) G. B. O. §. 72.

Digitized by Google

Anderem die Eintragung eines Eigenthümers dem bisher eingetragenen Eigenthümer und den aus dem Grundbuche ersichtlichen dinglich Berechtigten bekannt zu machen ist.[2] Namentlich aber ist in dieser Hinsicht wichtig die Sorge für die genaue Uebereinstimmung der Urkunden über Eintragungen, speciell der Hypotheken- und Grundschuldbriefe mit dem Buche.[3]

Eine richterliche Entscheidung liegt dem Grundbuchrichter vornehmlich ob bei Anträgen und Gesuchen auf Einschreibungen ins Grundbuch. Da diese für die Rechte Dritter von weittragender Bedeutung sind, so muß der Richter untersuchen, ob alle diejenigen Punkte liquid gestellt sind, welche Voraussetzungen solcher Rechte bilden. Dies ist das Princip der Legalität, welches aus dem Wesen unserer Grundbuchverfassung mit innerer Nothwendigkeit folgt.

Unter Anderem ist hiernach zu untersuchen, ob das Recht, dessen Einschreibung verlangt wird, eintragungsfähig ist, ob die nöthige Bestimmtheit und Ernstlichkeit des Willens aus den vorgelegten Anträgen und Bewilligungen erhellt. Praktisch am wichtigsten ist der sogenannte Legitimationspunkt. Hierbei fragt es sich, ob, wer den Antrag oder die Einwilligung erklärt hat, gerade die zur Abgabe solcher Erklärungen befugte Person ist,[4] ferner, ob er die persönliche Handlungsfähigkeit hat, welche die rechtliche Wirksamkeit einer solchen Willenserklärung bedingt. Nicht weniger ist die Erwerbsunfähigkeit in Betracht zu ziehen, z. B. einer nicht ins Handelsregister eingetragenen Firma, einer angeblichen Korporation. Demgemäß hat der Grundbuchrichter die Rechtsgültigkeit der vollzogenen Auflassung, Eintragungs- oder Löschungsbewilligung nach Form und Inhalt zu prüfen.[5]

Nach dem bisherigen Rechte war der Richter nicht weniger gehalten, augenfällige Mängel des den Erwerb des dinglichen Rechts bedingenden obligatorischen Geschäfts, z. B. des Kaufgeschäfts, zu rügen und bis zu deren Beseitigung die Eintragung auszusetzen.[6] Dies ist in der neuen Grundbuchverfassung in Folge der scharfen Trennung der dinglichen und der obligatorischen Bestandtheile der Rechtsgeschäfte beseitigt. Demgemäß ist fortan der Richter weder verpflichtet noch berechtigt, eine beantragte Eintra-

---

2) G. B. O. §. 57.

3) G. B. O. §. 131.

4) Insbesondere ist bei Bevollmächtigten die Vollmacht zu prüfen, welche eine specielle sein muß, wenn im Namen des Grundbuchbesitzers die Eintragung auf ein Grundstück oder wenn im Namen des Gläubigers die Löschung bewilligt werden soll. L. R. I, 13. §. 108. Bei Ehefrauen ist regelmäßig die Zustimmung des Mannes erforderlich u. s. f.

5) G. B. O. §. 46.

6) Hypothekenordnung II. §. 12. L. R. I, 20. §. 430.

Digitized by Google

gung oder Löschung wegen eines Mangels des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts zu beanstanden.[7]

§. 206. Die Schadensklage gegen die Buchbeamten und den Staat.

Wegen Verschuldung sind die Grundbuchbeamten nicht bloß disciplinarisch verantwortlich. Wer durch dieselben beschädigt ist, hat vielmehr, wie dies bereits im vorigen Jahrhundert anerkannt wurde, gegen diese Beamten eine Schadensklage,[1] auf Grund deren über die Frage der Verschuldung vom Proceßrichter zu urtheilen ist.

1. Diese Haftbarkeit tritt ein wegen Unterlassungen und Verzögerungen, wie wegen positiven Handelns. Sie begreift Verschuldung jeden Grades.[2] Doch ist gerade hier von der bloß ausführenden die richterliche Funktion des Grundbuchrichters zu unterscheiden. Da die richterliche Thätigkeit ihrer Natur nach einen freieren Spielraum fordert, so beschränkt sich die Haftbarkeit in letzterer Hinsicht auf Dolus, unzweideutige Aktenwidrigkeiten, offenbare Gesetzesverletzungen, sie tritt aber nicht wegen angeblich unrichtiger Entscheidungen ohne weiteres ein.

2. Die Schadensklage setzt voraus, daß Dritte im Glauben an das Buch dem Kläger vorgehende Rechte erworben haben, die ohne den Fehler des Richters keinen Vorzug hätten. Außerdem muß aber hierdurch das Vermögen des Klägers auch wirklich gemindert sein: der Hypothekar z. B., welcher in Folge eines richterlichen Versehens eine schlechtere Priorität erhielt, als ihm gebührte, kann den Richter erst dann in Anspruch nehmen, wenn er in der eingeleiteten Subhastation einen Ausfall erlitt, welchen er sonst nicht erlitten hätte.

3. Die Haftbarkeit der Grundbuchbeamten fällt außer dem Falle des Dolus nach allgemeinen Grundsätzen weg, wenn das eigne Versehen des Beschädigten konkurrirte. Dies insbesondere, wenn der Kläger selbst den Antrag auf die ihn beschädigende Verfügung gestellt hat,[3] ferner dann, wenn derselbe den Eintritt eines Schadens durch rechtzeitige Anzeige oder Beschwerde

---

7) Die Entscheidungen des Grundbuchrichters entbehren als in nicht streitigen Sachen abgegeben der Rechtskraft. Sie können daher in Folge später gewonnener besserer Einsicht von dem erkennenden Richter selbst abgeändert werden, bis in Folge derselben Rechte von Dritten erworben wurden — oben §. 134 — oder eine Einschreibung auf Grund derselben erfolgt ist.

1) Hyp. Ordn. I. §. 76 ff. G. B. O. §. 29. Vgl. unten Bd. 2. §. 262.

2) G. B. O. §. 29. Früher war der zu prästirende Grad der Verschuldung kontrovers.

3) L. R. I, 20. §. 430 ist nunmehr in Folge §. 46 der G. B. O. antiquirt, vgl. aber Turnau G. B. O. Bd. 2. S. 326.

Digitized by Google

hätte abwenden können,[4] namentlich also auch, wenn er versäumte, das Appellationsgericht in Fällen mit einer Beschwerde anzugehen, in welchen dem Schaden noch vorgebeugt werden konnte.[5]

Die Haftung ist nach den allgemeinen Grundsätzen des preußischen Rechts über Verantwortlichkeit der Beamten eine subsidiäre, d. h. sie tritt nur ein, soweit für den Beschädigten von anderer Seite Ersatz nicht zu erlangen ist.[6]

Trifft die Schuld den Grundbuchrichter und den Buchführer, so stehen beide solidarisch für den Schaden ein.

Ist von den Grundbuchbeamten Schadensersatz nicht zu erlangen, so haftet nach der neuen Grundbuchordnung letztlich der Staat dem Beschädigten.[7] Hinsichtlich dieser Haftpflicht des Staates werden die Grundsätze der Bürgschaft analog zur Anwendung kommen müssen.[8] Hiernach kann der Kläger bei Belangung der Grundbuchbeamten auch den Fiskus mit vorladen lassen. Es steht dann das gegen die Ersteren ergangene Urtheil auch dem Letzteren entgegen.[9]

---

4) L. R. I, 20. §§. 450 ff. 503 findet sich die positive Vorschrift, daß der Gläubiger, welcher gewisse bei der Eintragung vorgekommene Fehler aus dem Hypothekenschein erkennen konnte, zur Anzeige derselben binnen sechs Wochen nach Einhändigung des Scheins bei Verlust seines Regreßrechts verpflichtet war. Es frug sich, ob diese Vorschrift auch in anderen Fällen zur Anwendung zu bringen sei, in welchen der Fehler des Richters aus dem Hypothekenschein erkennbar war, was wegen Gleichheit des Grundes zu bejahen war. Jetzt entsteht die weitere Frage, ob die Bestimmung auch nach Inkrafttreten der neuen Grundbuchordnung zu beachten ist. Wir werden uns hierfür entscheiden können, da die Bestimmung des L. R. hier der G. B. O. nicht widerstreitet, sondern sie nur zweckmäßig ergänzt.

5) G. B. O. §. 24. Abs. 2. Er hat sich z. B. längere Zeit bei einer Abweisung beruhigt und erst später wird eine kollidirende Eintragung genommen.

6) G. B. O. §. 29.

7) Hieraus ist nicht etwa zu schließen, daß das Princip anerkannt sei, wonach der Staat schlechthin für die Thätigkeit seiner Beamten bei Verwaltung von Hoheitsrechten einzustehen habe. Der Staat hat das Grundbuchwesen in die Hand genommen nicht zu specifisch staatlichen und hoheitlichen Zwecken, sondern im Interesse der Grundbesitzer. Um diesem wichtigen Stande den nöthigen Kredit zu verschaffen und dessen Rechte zu sichern, ist von ihm gleichsam im Namen der Gesammtheit der Grundbesitzer die Einrichtung der Grundbücher geschaffen. Er hat die Pflicht, dieser Einrichtung die höchstmögliche Sicherung und Zweckmäßigkeit zu geben, und er erhebt hierfür die Kosten, welche man nicht als Steuern, sondern als Gebühren für gemachte Leistungen qualificiren muß. Zu der Vervollkommnung der Einrichtung gehört nun ein absoluter Schutz im Falle der Versehen der Beamten, und der Staat kann denselben gewähren, wenn er die hierfür nothwendigen Beträge mit denen der Einrichtung überhaupt von den Grundbesitzern und Realberechtigten erhebt. Es liegt also in der Sache gewissermaßen eine wechselseitige Assekuranz der Grundbesitzer wie der eingetragenen Realgläubiger. So meine Ausführung in der Herrenhauskommission. Vgl. deren Bericht über die G. B. O. S. 16.

8) Vgl. insbesondere L. R. I, 14 §. 283 über die Frage, in welchem Maße zuvörderst die Verfolgung der Grundbuchbeamten vorherzugehen hat.

9) L. R. I, 14 §. 311. In Mecklenburg nimmt man an, daß die Landesherrschaft das gegen ihre Behörde ergangene Urtheil ohne weiteres gegen sich selbst

Digitized by Google

IV. Die Agrargesetzgebung.[1]

§. 207. Uebersicht.

Die heutigen Rechtsverhältnisse des ländlichen Grundbesitzes in Preußen beruhen zum großen Theil auf der neueren Agrargesetzgebung, deren Thätigkeit mit dem Jahre 1807 beginnt. Ihr Ziel war, ein möglichst freies und selbständiges Grundeigenthum anstatt des frühern belasteten und gemeinsamen Besitzes zu schaffen, um dem Eigenthümer Entledigung von Verkettungen, welche in überlebten Wirthschaftssystemen ihren Grund hatten, und die Möglichkeit und den Sporn zu einer freithätigen und intensiven Landwirthschaft zu gewähren. Diese Umbildung war nur möglich durch ein rücksichtsloses Eingreifen in die geschichtlich gegebenen Privatrechtsverhältnisse, doch hat dasselbe in der Nothwendigkeit für das Allgemeine und in dem schließlichen Nutzen für alle Betheiligten seine Rechtfertigung.

Durch die nach dem Frieden von Tilsit zur Berathung über die Herstellung des Landes niedergesetzte Immediatkommission geschah die Entwerfung des Edikts vom 9. Oktober 1807, welches die Reformgesetzgebung eröffnete. Dieses Edikt schuf die Freiheit des Güterverkehrs, so daß fortan jeder Einwohner ohne Rücksicht auf seinen Stand zum Besitze von Grundstücken jeder Art berechtigt wurde, beseitigte ferner jede Gutsunterthänigkeit vom Martinitag 1810 ab, beschränkte die gesetzlichen Vorkaufsrechte, verstattete die Parcellirung der bisher regelmäßig untheilbaren Güter, und ermöglichte die Aufhebung des Fideikommiß- und Lehnverbandes durch Familienschlüsse. An dieses bedeutsame Gesetz reihten sich zwei Edikte vom 14. September 1811, das eine mit mannichfachen Bestimmungen behufs Beförderung der Landeskultur, das andere speciell behufs der sogenannten Regulirung der gutsherrlichen Verhältnisse zum Zweck der Umwandlung des bisherigen bloß prekären Besitzes der Hintersassen in freies Eigenthum. Wurden gleich später der Anwendung dieses Gesetzes durch die Deklaration vom 29. Mai 1816 engere Gränzen gezogen, so hat andererseits das Organisationsgesetz vom 20. Juni 1817 die praktische Ausführung der schwierigen Maßnahme der Regulirung wesentlich gefördert. Auf Grund dieser Organisation konnte die Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 erlassen werden, welche die bereits vom Landrechte angebahnte Aufhebung der Wald- und Weidegemeinschaften weiter durchführte und gleichzeitig in einem großen Theile

---

gelten lassen müsse, O. A. G. Erk. in Entsch. II. 39, v. Meibom l. c. S. 67, was sich nach allgemeinen Grundsätzen nicht rechtfertigen läßt.

1) Vgl. u. A. das große Sammelwerk von Leite und Rönne: die Landeskulturgesetzgebung des preußischen Staates, 2 Bde. in 3 Abth., Berlin 1853. J. Klebs: die Landeskulturgesetzgebung im Großherzogthum Posen, Berlin 1856.

Digitized by Google

der Monarchie zu einer Auftheilung und Neubegrenzung des ländlichen Besitzes führte.

Einen Abschluß hat die Reformgesetzgebung gefunden in dem tief einschneidenden Gesetze vom 2. März 1850, betreffend die Ablösung der Reallasten und die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse — dem sogenannten Ablösungsgesetze, — an welches sich unter demselben Datum ein Gesetz, betreffend die Ergänzung und Abänderung der Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821, knüpfte.

§. 208. Der lassitische Besitz. Früherer Zustand.

Bis zum Beginn unseres Jahrhunderts beruhte die Bewirthschaftung der größeren Güter in der preußischen Monarchie, wie in anderen Theilen Deutschlands meist auf der sogenannten Fröhnerwirthschaft, welche sich seit dem früheren Mittelalter entwickelt hatte. Hierbei überließen die Gutsbesitzer einen Theil ihrer Feldmark als bäuerliche Nahrungen sogenannten Hintersassen gegen die Verpflichtung zu Leistungen von Frohnden, mittels welcher das Hofgut bestellt wurde. Diese Leistungen bestanden theils in Hand-, theils in Spanndiensten, so daß die Frohnbauern nicht nur Arbeitskräfte, deren man ganz besonders benöthigt war, sondern auch Betriebskapitalien zur Bewirthschaftung des Gutes stellten.[1]

Die Rechte, welche den Hintersassen an ihren Bauerstellen verliehen waren, gestalteten sich je nach Ortsgebrauch und besonderen Vereinbarungen in verschiedner Art. Vielfach fixirten sie sich entweder von vornherein oder im Laufe der Zeit zu wirklichem, wenn auch mit Diensten und Abgaben belastetem Eigenthum. Andernorts gestalteten sie sich zu festen emphyteutischen Rechten, dem sogenannten Erbzinsrecht, bei welchem dem Bauer das nutzbare, dem Grundherrn das obere Eigenthum zugeschrieben wurde. Ein solcher Erbzinsmann hatte in Folge seines nutzbaren Eigenthums eine gesicherte Rechtsstellung, so daß es hierbei die Reformgesetzgebung bis zu dem jüngsten Hauptgesetze — dem Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 —, welches dem Erbzinsmann volles Eigenthum verlieh, bewenden ließ. Sehr häufig aber hatte der Hintersasse das Nutzungsrecht seiner Stelle nur in widerruflicher Weise, wenn sie ihm auch die Gutsherrschaft thatsächlich lebenslänglich beließ und nach seinem Tode vorzugsweise wieder mit seinen Descendenten besetzte. An solchen sogenannten Laßgütern erlangte der Bauer also trotz unvordenklicher Dauer des Verhältnisses kein festes Privatrecht.[2] Daher war es von

1) Vgl. Roscher Volkswirthschaft II. §. 55.

2) So bestimmte z. B. die pommersche Bauerordnung von 1764 III. §. 1: es sei außer Streit, daß Aecker, Wiesen, Gärten und Häuser, welche die Bauern besitzen,

Digitized by Google

größter Bedeutung, daß seit dem sechszehnten Jahrhundert das öffentliche Recht zur Ergänzung des unbefriedigenden privatrechtlichen Zustandes dieser lassitischen Bauerngüter eingriff.

Als sich nämlich damals in Folge des Steigens des Bodenwerthes und der leichteren Möglichkeit der Beschaffung von Arbeitskräften wie anderwärts so auch in den jetzt preußischen Landen das Bestreben der Gutsherren geltend machte, ihre an die Bauern ausgethanen Grundstücke wieder einzuziehen, so traten diesem sogenannten Legen der Bauernhöfe die Landesherren im Interesse der Allgemeinheit durch zahlreiche Specialgesetze entgegen, wie solche namentlich für die Marken und das Erzbisthum Magdeburg, desgleichen auch für Schlesien erlassen wurden. Durch dieselben wurde die Vereinigung der Bauerngüter mit dem Hofgut verboten und dem Gutsherrn die Wiederbesetzung erledigter oder eingegangener Stellen mit bäuerlichen Wirthen zur Pflicht gemacht.[3]

Allgemeines Landesrecht wurde das Verbot des Einziehens der Bauernhöfe durch das Edikt Friedrichs II. vom 12. August 1749,[4] ein Verbot, welches später in das allgemeine Landrecht übergegangen ist.[5]

§. 209. Die Regulirung des lassitischen Besitzes.

Der öffentlich rechtliche Schutz des gesonderten Bestehens der Bauernstellen erschien im Beginne unseres Jahrhunderts nicht mehr als ausreichend. Mochte durch denselben die Erhaltung des Bauernstandes als solchen bewirkt werden, so kam er doch den einzelnen Besitzern nur indirekt zu Gute, da

---

der Herrschaft des Gutes als res soli eigenthümlich gehören, daher sie auch kein dominium, weder directum noch utile, auch keine Erbgerechtigkeit haben, viel weniger exceptionem perpetuae coloniae und daß sie und ihre Vorfahren über 50, 60, auch wohl 100 Jahre die Höfe bewohnt haben, vorwenden können. N. C. C. M. III. S. 536.

3) Die Einziehung gestattete man schon 1540 in der Mark nur zur Nothdurft des Gutsherrn. Ferner wurden die Gutsherren der Kurmark verpflichtet, die im dreißigjährigen Kriege ledig gewordenen sogenannten wüsten Höfe wieder zu besetzen. Edikt vom 12. April 1667. C. C. M. IV. 3. p. 23, vom 29. Juni 1714, IV. 3. p. 59, was §. 1 des Edikts vom 30. August 1717, C. C. M. IV. 3. p. 63, auf die 1624 vorhandenen Bauernhöfe beschränkte. Als Motiv wird angeführt, die Unterlassung der Wiederbesetzung hindere die Zunahme der Landbevölkerung, erschwere für die vorhandenen Einwohner die Lasten der Einquartirung, Durchmärsche, Rekrutirung, die Nachbarrechte (Kommunallasten) und verschlimmere die Lage der Unterthanen, wenn sie neben dem Vorland kontribuablen Acker bestellen müßten.

4) Contin. IV. des C. C. M. n. 76. Allgemeines Edikt, daß keiner von Adel noch andere Vasallen .. Städte und Kommunen, so Dörfer und Landgüter besitzen, bei ein hundert Dukaten Strafe sich unterstehen sollen, in und bei ihren Gütern, Bauern- und Kossätenhöfe eingehen zu lassen und die Aecker und Wiesen davon an sich zu ziehen u. s. f. Später — den 12. Juli 1764 — wurde befohlen, die während des Krieges frei gewordenen Höfe binnen Jahresfrist bei Strafe wieder zu besetzen. N. C. C. M. III. S. 449. — Ganz anders war der Verlauf, wo die Aristokratie herrschte, wie in Mecklenburg, England.

5) L. R. II, 7 §. 14.

Digitized by Google

sie trotz desselben für ihre Person in einer mehr oder weniger prekären Lage blieben. Es fehlte also den jeweiligen Besitzern der Anreiz zur Verbesserung ihrer Grundstücke, welcher nur von einem festgesicherten und unbedingt vererblichen Rechte zu erwarten ist. Auch war ein bloß polizeilicher Schutz der Bauern den Verhältnissen und den Richtungen der neuern Zeit wenig entsprechend. Daher entschloß man sich, den bisher bloß lassitischen Besitz der Bauern in freies Eigenthum zu verwandeln, den Gutsherrn aber für die Vermögensvortheile, welche sie von solchen Gütern bisher gezogen hatten, Entschädigung zu gewähren. Die Operation dieser Eigenthumszutheilung und Entschädigungsfestsetzung wurde Regulirung genannt. Der historische Gang der Sache war dieser:

1. Die Grundlage legte das Edikt vom 14. September 1811 für den allerdings damals sehr beschränkten Umfang der Monarchie. Das Edikt unterschied zwei Klassen von Laßgütern. Die eine bildeten die Stellen, bei welchen schon bisher ein gewisses Erbrecht oder doch die Verpflichtung des Gutsherrn bestand, den Hof wieder mit einem der Erben des letzten Besitzers zu besetzen, die andere machten die Höfe aus, welche der Gutsherr zwar mit Bauern besetzen und in steuerfähigem Zustande erhalten mußte, die aber an die einzelnen Besitzer nur auf unbestimmte Zeit, oder auf gewisse Jahre, oder auf Lebenszeit, meist auch mit dem Rechte willkürlicher Erhöhung der Abgaben, überlassen waren. Die Güter beider Kategorien sollten auf Antrag eines der beiden Theile gegen Entschädigung des Grundherrn freies Eigenthum der Besitzer werden. Bei Gütern der ersten Klasse aber wurde die Entschädigung durch Abtretung eines Drittels des Hofgutes, bei denen der zweiten Klasse durch Ueberlassung der Hälfte dieses Guts normalerweise gewährt. Ausnahmsweise konnten die Bauern der ersten Kategorie, wenn sie durch die gesetzlich festgestellte Entschädigung im Vergleich zu ihren bisherigen Lasten überschwert wurden, auf specielle Ausmittelung einer entsprechenden Entschädigung provociren.[1] Umgekehrt gaben dann spätere gesetzliche Bestimmungen auch dem Gutsherrn das Recht, seinerseits auf eine höhere Entschädigung als die normale anzutragen,[2] so daß man sich zuletzt, insbesondere schon bei der Einführung der Regulirung in das Großherzogthum Posen und einige andere früher polnische Landestheile[3] veranlaßt sah, von der Normal-

1) §. 30 des Edikts vom 14. September 1811.

2) Deklaration vom 29. Mai 1816 Art. 66 ff. 82.

3) Gesetz vom 8. April 1823 für das Großherzogthum Posen, den Kulm- und Michelauischen Kreis und das Gebiet der Stadt Thorn. — Das Edikt vom 14. September 1811 nebst der Deklaration wurde auch eingeführt im Kottbuser Kreis, den Lausitzen, dem Landgebiete der Stadt Danzig. Besondere zum Theil auf den Gesetzen der Fremdherrschaft ruhende Gesetze ergingen für Westphalen: Vgl. insbesondere Gesetz vom 21. April 1825.

Digitized by Google

entschädigung ganz abzusehen und eine besondere Ausmittlung des Werthes der bisher gutsherrlichen Rechte in jedem einzelnen Falle vorzunehmen.

2. Beschränkungen der Regulirungsfähigkeit führte die Deklaration vom 29. Mai 1816 ein, indem sie namentlich feststellte, daß nur solche bäuerliche Stellen in Eigenthum der Besitzer verwandelt werden sollen, welche ihren Inhaber als selbständigen — Zugvieh haltenden — Ackerwirth ernährten, und die außerdem in gewissen für die verschiedenen Provinzen verschieden bestimmten Normaljahren schon mit bäuerlichen Wirthen besetzt, auch in den Steuerlisten als bäuerliche Besitzungen katastrirt waren. Soweit eine Regulirung nicht erfolgt war, blieb es bei den bisherigen lassitischen Verhältnissen, insbesondere auch den landespolizeilichen Einschränkungen der Gutsherren. Diese bestanden daher auch fort für diejenigen Besitzungen, welche von der Regulirungsfähigkeit durch die gedachte Deklaration ausgenommen waren.

3. An die Stelle der frühern Gesetzgebung trat letztlich das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850. Dasselbe dehnte wieder die Regulirungsfähigkeit auf jeden lassitischen Besitz aus ohne Rücksicht auf seinen Umfang, bestimmte ferner, daß die Abfindung, welche jetzt stets nach dem besondern Werthe der abzufindenden Rechte bemessen war, in Rente und nicht — abgesehen vom Vergleichswege — in Land geschehen solle, und schrieb vor, daß den Bauern mindestens ein Drittel des Grundwerthes freizulassen sei. Ferner sollte sich fortan der lassitische Besitz auch vor Durchführung der Regulirung mit dem Anrecht auf Eigenthumsverleihung nach den Regeln des gewöhnlichen Erbrechts vererben, womit der landespolizeiliche Zwang zur Wiederbesetzung der Stellen mit einem bäuerlichen Wirthe als überflüssig wegfiel.

Das Recht auf Eigenthumsverleihung — die sogenannte Regulirungsfähigkeit — stand nach diesen Gesetzen demjenigen zu, welcher das lassitische Grundstück zu eignem Rechte besaß oder auf dessen Besitz einen vorzüglichen Anspruch hatte. Es hatten daher namentlich sogenannte Interimswirthe, wie auch diejenigen, welche die Stelle vom eigentlichen Wirthe gepachtet hatten, auf die Eigenthumsverleihung keinen Anspruch. Freilich war aber in Folge dessen die Frage, wer berechtigt zum Erwerb des Eigenthums an dem lassitischen Grundstück sei, eine besonders schwierige, da früher die Berechtigten oft auf die schwerbelasteten, zu prekären Rechten verliehenen Stellen wenig Werth gelegt und sie je nach Umständen verlassen hatten, andere Personen aber häufig willkürlich eingedrungen waren. Um eine feste Basis zu gewinnen, wurde durch das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 §. 76 Abs. 2 der vollständige Besitz des Laßguts am 9. Oktober 1848 — dem Tage der Verkündigung eines Zwischengesetzes — als der Vermuthung nach rechtmäßig erklärt, so daß diese Vermuthung nur durch Urkunden entkräftbar war. Auch

Digitized by Google

mußten sich alle nicht besitzenden Prätendenten bei Ausschluß ihrer Rechte an dem Laßgute bis zum 1. Januar 1852 melden.

Schließlich verfügte das Gesetz vom 16. März 1857, daß sämmtliche Ansprüche auf Eigenthumsverleihung auch Seitens der derzeitigen Besitzer der Laßgüter bei Strafe der Verlustigung bis zum 31. December 1858 bei den Auseinandersetzungsbehörden anzumelden seien. In Folge dessen gehört nunmehr das Institut der Regulirung der Rechtsgeschichte an.[4]

§. 210. Aufhebung und Ablösung der Reallasten.[1]

Mit der Eigenthumsverleihung an den Laßgütern war die Beseitigung der dem Gutsherrn geschuldeten Lasten — Frohnden und Abgaben — von selbst verbunden. Für die eigenthümlich oder erbzinsweise oder in Erbpacht besessenen Bauergüter entschloß sich die Gesetzgebung, wie das Bedürfniß hier weniger dringend war, langsamer zu Umgestaltungen. Zwar hatte das Gesetz vom 7. Juni 1821 gewisse besonders beschwerliche Dienste und Abgaben, welche größere Ackernahrungen dieser Kategorie belasteten, auf Antrag eines der beiden Theile für ablösbar erklärt. Durchgreifend schritt aber erst das an die Stelle der älteren Ordnungen tretende Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 ein, welches diese Lasten theils durch Aufhebung, theils durch Erleichterung der Ablösung der Mehrzahl nach beseitigte.

Das Gesetz hob nämlich einmal nach Maßgabe der Verfassungsurkunde Art. 42 eine nicht geringe Zahl von bäuerlichen Lasten ohne Entschädigung auf, insbesondere alle, welche auf einem guts-, grund- oder gerichtsherrlichen Verhältnisse, also auf publicistischem Grunde beruhten, wie auch solche Belastungen, welche dem Berechtigten keinen erheblichen Vermögensnutzen oder doch einen selten sich verwirklichenden, von zufälligen Umständen abhängigen Vortheil gewährt hatten.[2] Alle nicht aufgehobenen Reallasten erklärte das Gesetz für ablösbar gegen Kapital, und zwar sowohl auf Antrag des Berechtigten als des Verpflichteten. Die Zurücknahme einer einmal ange-

---

4) Bis Ende 1865 waren von den Auseinandersetzungsbehörden regulirt 5,511,132 Morgen zu Gunsten von 83,288 Eigenthümern. Dagegen wurden im Jahre 1866 nur noch 169 Morgen zu Gunsten von 12 Eigenthümern regulirt. Jahrbuch für die Amtliche Statistik des preuß. Staats III. 1869. S. 70.

1) Turnau G. B. O. 1878 Bd. 2 §. 115 hat die bereits in erster Auflage dieses Werks im §. 210 gegebene Ausführung fast wörtlich übernommen.

2) Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 §§. 2 und 3. Namentlich zählte man hierher alle Dienste zu bloß persönlichen Bedürfnissen der Gutsherren und ihrer Beamten. Zur Löschung der im §. 2 des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850 aufgehobenen Rechte im Grundbuche genügt der einseitige Antrag des Eigenthümers des Grundstücks nach der G. B. O. §. 98. Für die im §. 3 des Ablösungsgesetzes aufgehobenen Rechte ist das Gleiche nicht bestimmt, ferner nicht für die nach §. 36 der Kreisordnung vom 13. December 1872 aufgehobene Last des Schulzendienstes.

Digitized by Google

brachten Provokation auf Ablösung ist unzulässig. Der Ablösungsantrag des Verpflichteten muß sich auf sämmtliche seinen Grundstücken obliegende Reallasten erstrecken, der des Berechtigten sämmtliche Reallasten begreifen, welche ihm an Grundstücken desselben Gemeindeverbandes zustehen.[3] Von der Ablösbarkeit sind nur ausgeschlossen die öffentlichen Zwecken dienenden Lasten, also Staats- und Gemeindelasten, ferner die auf Deich- oder ähnliche Societäten sich beziehenden Verpflichtungen, endlich auch Abgaben und Leistungen zur Erbauung oder Unterhaltung der Kirchen-, Pfarr- und Schulgebäude, wenn letztere nicht die Gegenleistung einer ablösbaren Reallast sind.[4]

Das Verfahren bei der Ablösung ist folgendes:

1. Zur Bestimmung der Abfindung wird zunächst der jährliche Geldwerth der abzulösenden Reallast ermittelt,[5] nachdem der Werth etwaiger Gegenleistungen des Reallastberechtigten abgezogen ist. Hierbei kann der Verpflichtete fordern, daß ihm mindestens ein Drittheil des Reinertrags seiner Stelle frei verbleibe.[6]

2. Als Ablösungssumme wird dem Reallastberechtigten der Kapitalwerth der so ermittelten Geldrente geleistet.

Und zwar geschah bis zur Schließung der Rentenbanken die Ablösung entweder im achtzehnfachen Betrage der Rente durch Baarzahlung, oder im zwanzigfachen Betrage durch Rentenbriefe, welche die Rentenbanken ausgaben,[7] — Geldinstitute, die für jede Provinz unter staatlicher Garantie zur Beförderung der Ablösung ins Leben gerufen wurden. Ihnen wurde nämlich, wenn sich der Verpflichtete nicht zur sofortigen Baarzahlung des Ablösungskapitals erboten hatte, von den Auseinandersetzungsbehörden die ermittelten Geldrenten überwiesen und hiefür gaben sie dem Reallastberechtigten auf den Inhaber lautende, zu 4 Procent verzinsliche, allmählig zu

---

3) Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 §. 94 ff.

4) §. 6 des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850.

5) §. 8 ff. des Ablösungsgesetzes. — Zur Ermittelung des Werthes von Diensten, die nach Tagen bestimmt waren, wurden für die verschiedenen Bezirke des Staates Normalpreise aufgestellt, für Dienste anderer Art nahm man schiedsrichterlichen Ausspruch zu Hülfe. Feste Abgaben in Körnern stellte man nach demjenigen Martinimarktpreis fest, welcher sich an dem als maßgebend bezeichneten Marktorte im Durchschnitt der letzten vierundzwanzig Jahre vor Anbringung der Provokation ergab, wenn die zwei theuersten und die zwei wohlfeilsten von diesen Jahren außer Ansatz blieben. Bei festen, nicht in Körnern bestehenden Naturalabgaben berücksichtigte man die Preise der letzten zwanzig Jahre u. s. f. Vgl. noch Gesetz vom 19. März 1860 wegen Abänderung der §§. 68 und 69 des Ablösungsgesetzes und Gesetz vom 11. Juni 1873 betreffend die Abänderung des §. 3 des Gesetzes vom 19. März 1860 wegen Revision der Normalpreise.

6) §. 63 des Ablösungsgesetzes.

7) Gesetz vom 2. März 1850 über die Errichtung von Rentenbanken.

Digitized by Google

amortisirende Rentenbriefe an Zahlungsstatt. Dadurch, daß der Berechtigte für seine Rente nur eine dem Zwanzigfachen derselben entsprechende Kapitalsumme in Rentenbriefen erhielt, welche ihm zu 4 Procent verzinst wird, bleibt der Rentenbank beim Rentenbezug ein Ueberschuß der jährlichen Einnahme über die Ausgabe, durch welchen die zur Amortisation der Rentenbriefe nöthigen Summen gewonnen werden. Die Rentenbank bezieht die Rente von dem Verpflichteten aber nur so lange fort, als dies zur Zahlung der Zinsen und zur Amortisation des Kapitals der für dieselbe ausgegebenen Rentenbriefe erforderlich ist. [8]

Die den Rentenbanken überwiesenen Renten genießen desselben Vorzugs, wie die Staatssteuern, so daß Rückstände den Hypotheken vorgehen. Dies auch — weil die Einrichtung des Instituts der Rentenbanken hiervon abhängig schien — in den übrigens seltneren Fällen, in welchen die Hypotheken ursprünglich vor den betreffenden Reallasten den Vorrang gehabt hatten. Dies Recht der Rentenbanken auf die überwiesenen Geldrenten hat auch ohne Eintragung dingliche Wirksamkeit gegen Dritte. [9] [10]

Die Ablösung zum Achtzehnfachen und die Vermittlung der Rentenbanken tritt seit dem 1. December 1859 für die Regel nicht mehr ein. Die Rente kann seitdem nur noch auf Antrag des Verpflichteten und zwar durch Baarzahlung ihres fünfundzwanzigfachen Betrags in vier Jahreszielen abgelöst werden. [11]

Die Ablösung derjenigen Reallasten, welche an Kirchen, Pfarreien, Küstereien und Schulen zu entrichten sind, unterliegt besonderen Normen, da

---

8) Dem Verpflichteten wird vom Tage des Uebergangs der Rente an die Rentenbank ein Zehntel der Rente erlassen. Danach bezieht also die Rentenbank regelmäßig jährlich ein halbes Procent mehr als sie behufs der Verzinsung der Rentenbriefe braucht, wonach sich seine Befreiung in $56^{1}/_{12}$ Jahren vollendet. Zahlt der Verpflichtete, was ihm freisteht, die volle ermittelte Geldrente jährlich, so vollzieht sich die Amortisation in $41^{1}/_{12}$ Jahren durch das jährlich überschießende Procent. Der Verpflichtete kann seine Befreiung von der Rentenpflicht aber auch früher durch größere Zahlungen an die Rentenbank herbeiführen.

9) Gesetz vom 2. März über die Rentenbanken §. 18. Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 §. 12. Striethorst Bd. 95 S. 150. Die eingetragenen Reallasten, an deren Stelle die Renten getreten sind, wurden auf Antrag der Auseinandersetzungsbehörden im Hypothekenbuche gelöscht, dagegen wurde in diesem Falle kostenfrei vermerkt, daß das Grundstück der Rentenbank rentenpflichtig ist.

10) Was die dem Fiskus geschuldeten Reallasten betraf, so existirte kein Bedürfniß, den Staat durch Rentenbriefe zu befriedigen. Vielmehr zieht der Staat die Rente — sogenannte Domainenrente — selbst ein und hat hinsichtlich derselben die Rechte der Rentenbanken, umgekehrt kommen dem Pflichtigen dieselben Rechte zu Gute, wie sie im Falle der Ueberweisung der Rente an die Rentenbank gegolten hätten, namentlich auch in Betreff der Amortisation. Gesetz über die Rentenbanken §. 64.

11) Gesetz vom 26. April 1858, betreffend die Schließung der Rentenbanken. Das Gesetz bezieht sich — nach §. 5 — nicht auf die Domainenrenten, welche daher noch nach den Grundsätzen des Gesetzes vom 2. März 1850 abgelöst werden können.

Digitized by Google

die Anwendung des Gesetzes von 1850 diesen Anstalten gegenüber für besonders hart galt, welche nicht in der Lage sind, die in Folge desselben eintretenden Nachtheile, wie Private, durch eine spekulative Verwendung des geleisteten Kapitals auszugleichen.[12] Derzeit steht in Kraft das Gesetz vom 27. April 1872; dem Berechtigten war die Provokation auf Kapitalablösung bis zum 31. December 1873 offengestellt, der Verpflichtete kann stets auf Kapitalablösung provociren.[13] Geschah die Provokation vom Berechtigten, so erfolgte die Ablösung zum $22^2/_9$fachen Betrage, geht der Antrag vom Verpflichteten aus, zum 25fachen Betrage der jährlichen Roggenrente, in welche die Last nach den Grundsätzen des Gesetzes vom Jahre 1850 verwandelt wird. Der Verpflichtete kann die Ablösungssumme baar und zwar in vier Jahreszielen abzahlen. Außerdem wurden für diese Ablösung aber bis zum 31. December 1874 auch die Rentenbanken wieder eröffnet. Dieselben leisteten die Abfindungssummen an den Berechtigten nach ihrer Wahl in Geld oder in vierprocentigen Rentenbriefen. Dagegen beziehen sie vom Verpflichteten jährlich $4^1/_2$ Procent der von ihnen dergestalt ausgelegten Kapitalsumme. Der hierin liegende Zuschlag bildet den Amortisationsfonds, durch welchen sich die Befreiung des Pflichtigen in $56^1/_{12}$ Jahren vollzieht.[14]

§. 211. Die Gemeinheitstheilungen und Verkoppelungen.

Gemeinheit ist ein Begriff, welcher sich nach *wirthschaftlichen Kriterien* bestimmt und sehr verschiedene Rechtsverhältnisse umfaßt. Von einer Gemeinheit spricht man nämlich, wenn ländliche Grundstücke, insbesondere behufs der Weide oder Forstnutzung, von Mehreren gemeinsam benutzt werden. Es gehören hierher vor Allem:

1. Weideplätze und Forsten, welche mehreren Nutzungsberechtigten zu eigen sind. Solche Gemeinheiten sind zum Theil Ueberreste des alten Rechts der Markgenossen an der gemeinen Mark, welches sich an Weide und Forst erhielt, nachdem längst Gärten, Wiesen und Aecker in das Sondereigenthum der Einzelnen getreten waren.[1]

---

12) Schon das Gesetz vom 2. März 1850 ließ nur die Verwandlung der den erwähnten Instituten geschuldeten Reallasten in eine feste Rente eintreten, behielt aber die Bestimmung über Ablösung der Rente in Kapital einem künftigen Gesetze vor. Bald wurde auch die Umwandlung in Rente sistirt durch Verordnung vom 13. Juni 1853. Durch ein die betreffenden Institute über die Maßen begünstigendes, nunmehr aufgehobenes Gesetz vom 15. April 1857 wurde die Ablösung nicht gefördert.

13) Gesetz vom 27. April 1872 §. 8 und vom 11. Juni 1873 §. 5. Die Verwandlung der Reallast in eine Roggenrente steht beiden Theilen jederzeit offen.

14) Das Gesetz hat die Wirkung, welche man erhoffte, nur zum geringen Theile erzielt.

1) Ansehnliche Weiden sind für niedere ohne Futterbau und Sommerstallfütterung sich behelfende Kulturstufen der Landwirthschaft nothwendig und ihre gemein-

Digitized by Google

2. Ferner zählen vornehmlich zu den Gemeinheiten: Aecker, Wiesen und Waldungen, an welchen Weide- oder Forstservituten bestehen. Weiderechte insbesondere hatten sich dereinst auf deutschem Boden in üppiger Menge gebildet, als die allgemein übliche Dreifelderwirthschaft dazu einlud, die Getreidefelder nach der Ernte und in der Brache gemeinsam zu beweiden, und ebenso der Grasertrag der vielfach nur ein- und zweischürigen Wiesen auf solche Weise nach der Ernte am besten verwerthbar schien.

Gemeinweide und Weidegerechtigkeiten, einst nützlich und erwünscht, bildeten in der Neuzeit ein Haupthinderniß zu intensiveren Wirthschaftssystemen fortzuschreiten, welche seit dem achtzehnten Jahrhundert bei dem Steigen der Bevölkerung immer mehr zur Nothwendigkeit wurden.[2] Daher hat insbesondere Friedrich der Große die Gemeinheitstheilungen — für welche England ein Vorbild gab — durch Verbreitung von belehrenden Schriften,[3] durch Anweisungen und provincielle Gesetze gefördert.[4] Auch wurde die Auftheilung durch das Landrecht und die Gerichtsordnung geregelt. Neugeordnet hat dann die Voraussetzungen und die Weise der Gemeinheitstheilungen das Gesetz vom 7. Juni 1821, welches später durch das Gesetz vom 2. März 1850 eine Erweiterung und Ergänzung fand. Es wurden hier vorzugsweise folgende Fragen erledigt.

1. Welche Gemeinheiten unterliegen der Auftheilung? Die Gemeinheitstheilungsordnung von 1821 beschränkte sich auf Weide und Forstgemeinschaften und auf Berechtigungen zum Rasenstich, das Ergänzungsgesetz von 1850 hat noch die Torfmoore, welche sich vor Einführung der Gemeinheitstheilungsordnung von 1821 in gemeinschaftlichem Eigenthum befanden, und zahlreiche kulturschädliche Servituten herbeigezogen.

Der Theilung ist natürlich nicht unterworfen das Korporationsvermögen der Städte und Dorfgemeinden, welches der juristischen Person als solcher zugehört und nicht im Miteigenthum ihrer Glieder steht. Aber besondere Zweifel erweckte stets das sogenannte Gemeindeglieder- oder Bürgervermögen, an welchem die Gemeindeglieder in ihrer Eigenschaft als Einwohner oder Gemeindegenossen Nutzungsrechte hatten. Denn man streitet darüber, ob dieses

---

same Nutzung durch Ersparung an Hirten, Einfriedigungen, Zuchtthieren bei solchen Zuständen ökonomisch vortheilhaft. Roscher Nationalökonomie II. §. 79.

2) Ueber die schädlichen Wirkungen der Gemeinweiden siehe Roscher Nationalökonomie II. §. 80, über die der Weideservituten II. §. 86.

3) Es gehört hierher das Schreiben eines Landwirths an die Bauern wegen Aufhebung der Gemeinheiten, welches der König 1770 vertheilen ließ, um die Landwirthe über die Gemeinheitstheilung aufzuklären.

4) Für Preußen, Kurmark u. s. f. wurde eine Gem. Theil. Ord. am 21. Oktober 1769, für Schlesien am 14. April 1771 erlassen, vgl. Hymmen Beitr. I, 70. Eine allgemeine Gem. Theil. Ordn. enthielt L. R. I, 17. §. 311 ff.

Digitized by Google

Vermögen im Zweifel im Eigenthum der Gemeinde oder im Miteigenthum der nutzungsberechtigten Bürger steht. Das Letztere entspricht der historischen Entwickelung und war die Auffassung, für welche das Landrecht sich erklärte.[5] Dennoch schien die unbedingte Auftheilung solcher von den Gemeindegenossen benutzter Vermögensobjekte nicht unbedenklich. Deshalb setzte ihr die Deklaration vom 26. Juli 1847 Schranken.[6]

2. Wer kann die Theilung herbeiführen? Die Provokation ist um des wirthschaftlichen Nutzens der Auftheilung willen sehr erleichtert. Bei gemeinschaftlichem Eigenthum ist jeder Miteigenthümer zum Antrag befugt. Und zwar bedarf er der Zustimmung etwaiger Lehns- und Fideikommißanwärter nicht, ebensowenig der der Hypothekarien, Nutznießer und sonstiger dinglicher Berechtigter.[7] Bei Servituten ist nicht bloß der Eigenthümer der belasteten Sache, sondern auch der Servitutberechtigte seinerseits zur Provokation berechtigt.[8] Soll jedoch die Gemeinheitstheilung, was sehr häufig der Fall ist, mit einem Umtausch der im Sondereigenthum der Betheiligten stehenden Grundstücke verbunden werden, so bedarf es für die Regel der Zustimmung der Besitzer von mindestens einem Viertel der bei der Umlegung betheiligten Grundstücke.[9]

3. Unter welchen Voraussetzungen ist zu theilen? Daß eine Gemeinheitstheilung zum Besten der Landeskultur gereiche, ist nicht mehr, wie dies das Landrecht vorschrieb, besonders nachzuweisen, sondern wird vermuthet. Ein Gegenbeweis ist einzig dahin zulässig, daß eine bisher gemeinsame Gefahr der Versandung oder Beschädigung der Substanz durch Naturkräfte nach der Theilung einzelne Theilnehmer allein träfe.[10]

Das Recht des Antrags auf Gemeinheitstheilung kann weder durch Rechtsgeschäfte, noch durch Verjährung völlig aufgehoben werden, und wird auch durch ältere entgegenstehende Judikate nicht ausgeschlossen. Doch sind Verträge rechtsverbindlich, welche die Gemeinheitstheilung bis zur zweimaligen Abnutzung der für die Fruchtfolge bestimmten Schläge und in Rücksicht anderer Gegenstände höchstens auf zehn Jahre ausschließen.[11]

---

5) L. R. II, 6 §. 72. II, 8 §. 160, vgl. Gem. Theil. Ordn. vom 7. Juni 1821. §. 17.

6) Vgl. oben §. 54 Anm. 11.

7) Vgl. über deren Rechte Gem. Theil. Ordn. §§. 12. 15. 148 ff., Pächter haben ein Kündigungsrecht.

8) Vgl. Gem. Theil. Ord. §§. 18. 19. Ergänzungsgesetz vom 2. März 1850 Art. 9.

9) Verordnung vom 28. Juli 1838.

10) Gem. Theil. Ordn. vom 7. Juni 1821 §. 23.

11) Gem. Theil. Ordn. §. 26 ff.

Digitized by Google

4. Nach welchem Maßstabe wird getheilt? Der Nachweis des Umfangs des Rechtes der Betheiligten wird in den meisten Fällen kaum mit völliger Sicherheit zu erbringen sein. Wo derselbe daher nicht durch Urkunden, Judikate oder Statuten bestimmt ist, legt die Gemeinheitstheilungsordnung den Besitzstand zu Grunde. Und zwar der Art, daß man den Durchschnitt der Benutzung in den letzten zehn Jahren, Unglücksjahre ausgenommen, als maßgebend ansieht. Daneben wird die gewöhnliche Situation von Gliedern derselben Klasse in Betracht gezogen.[12]

5. Die Entschädigung der Berechtigten soll regelmäßig in Land erfolgen,[13] nur ausnahmsweise in Kapital oder durch eine Geldrente. Die Landentschädigung selbst soll der Art zugewendet werden, daß die zugewiesenen Grundstücke möglichst in einer zusammenhängenden wirthschaftlichen Lage sich befinden.[14]

§. 212. Zusammenlegung von Grundstücken, welche einer gemeinsamen Benutzung nicht unterliegen.[1]

Seit der Gemeinheitstheilungsordnung trat die zwangsweise Zusammenlegung — Verkoppelung — vermengt liegender Grundstücke sehr häufig als Folge der Aufhebung einer sogenannten Gemeinheit ein. Zwar konnte die Aufhebung der Gemeinheit an sich nach der Gemeinheitstheilungsordnung auch ohne Verkoppelung der betheiligten Grundstücke erfolgen. Indessen hat sich im Laufe der Zeit das Verfahren in der Weise gestaltet, daß ganz regelmäßig mit der Aufhebung gemeinschaftlicher Berechtigungen in einer Feldmark auch eine zweckmäßige Zusammenlegung der Grundstücke verbunden wurde, so daß diese sogar vielfach als Hauptzweck in den Vordergrund trat.

Eine Verkoppelung konnte hingegen bisher da nicht eintreten, wo eine Gemeinsamkeit der Benutzung nicht bestand, gleichwohl aber die vermengte

---

12) Näheres Gem. Theil. Ordn. §. 32 ff. Es wird unter Anderm die Viehzahl verarmter oder durch Unglücksfälle betroffener Mitglieder bis zur Zahl erhöht, welche Andere derselben Klasse gewöhnlich gehalten haben. Umgekehrt tritt eine Verminderung für die ein, welche die Zahl erweitert haben. Für Hausbesitzer ohne Aecker werden anderthalb Kuhweiden berechnet.

13) Gem. Theil. Ordn. §. 66. Vgl. Ergänzungsgesetz Art. 7. 8 statt §. 73—75 der Gem. Theil. Ordn. Bei Grundstücken — insbesondere Wäldern —, welche durch Naturaltheilung ihren verhältnißmäßigen Werth verlieren würden, tritt im Mangel einer Einigung der Theilhaber öffentlicher gerichtlicher Verkauf ein. Gem. Theil. Ordn. §§. 107. 110.

14) Gem. Theil. Ordn. §. 61.

1) Gesetz vom 2. April 1872. Vgl. von den Materialien insbesondere den Bericht im Hause der Abgeordneten n. 150 der Drucksachen des Abgeordnetenhauses vom Jahre 1871/72, ferner die 72. und 73. Sitzung im Abgeordnetenhause vom 5. und 7. März 1872.

Digitized by Google

und unzweckmäßige Lage und Eintheilung der Grundstücke deren rationelle Bewirthschaftung erschwerte.[2] Auch in solchen Fällen ist aber durch ein Gesetz vom 2. April 1872 nunmehr ein Zwang verstattet worden. Das Verfahren bezieht sich regelmäßig auf eine ganze Feldmark, kann aber auch auf einzelne durch natürliche Begrenzung oder besondere Bewirthschaftung als Feldabschnitte kenntlich werdende Theile der Feldmark beschränkt werden, wenn dies den Interessen der Landeskultur entspricht. Es dürfen umgekehrt auch Grundstücke einer andern Feldmark in das Umlegungsverfahren gezogen werden, wenn dieselben in unwirthschaftlicher Weise in die umzulegende Feldmark hineinspringen. Die Feststellung des Bezirks geschieht durch die Auseinandersetzungsbehörde. Erforderlich ist zur Einleitung des Verfahrens

1. Antrag der Eigenthümer, welchen mehr als die Hälfte der Fläche der umzulegenden Grundstücke gehört und denen zugleich mehr als die Hälfte ihres Reinertrags zukommt. Hierfür sind die Angaben des Katasters maßgebend.[3]

2. Der Beschluß der Kreisversammlung des Kreises, in welchem die betheiligten Grundstücke liegen.

Grundstücke, welche bereits früher einer Zusammenlegung unterzogen wurden, können der Regel nach gegen den Widerspruch eines einzelnen Eigenthümers nicht noch einmal dem Auftheilungsverfahren unterworfen werden, es sei denn

a) nach Ausführung der früheren Zusammenlegung z. B. durch die Anlage von Kanälen, Deichen, Eisenbahnen, Chausseen, durch Verlegung oder Durchbrüche von Flüssen eine Veränderung der Planlage eingetreten, oder

b) es seien dreißig Jahre seit der Zusammenlegung auf Grund der Gemeinheitstheilungsordnung verflossen und die erneuerte Zusammenlegung durch die Eigenthümer von drei Vierteln des Grundbesitzes beantragt.

Gewisse Objekte sind ohne Zustimmung ihrer Eigenthümer nicht in diese Auftheilung einzubeziehen, wie sie auch der Umlegung bei der Gemeinheitstheilung nicht unterliegen. Es gehören hierher Häuser, Gärten, zur Gewinnung von Fossilien dienende Grundstücke.[4]

---

2) Gem. Theil. Ordn. von 1821 §. 3. — Nach dem Kommissionsberichte des Abgeordnetenhauses umfaßten allein in den Provinzen Schlesien und Westphalen die vermengt und unwirthschaftlich gelegenen Grundstücke, welche wegen Mangels einer gemeinsamen Benutzung nicht zusammengelegt werden können, ein Areal von gegen 200 Quadratmeilen. In minderem Maße existirten solche Verhältnisse auch in Sachsen, Westpreußen u. s. f.

3) Auf die Zahl der Eigenthümer kommt es also nicht an. Es kann auch ein einzelner Großgrundbesitzer die Auftheilung fordern.

4) Nicht also Fossilien, z. B. Torf, enthaltende Grundstücke, welche noch nicht ausgebeutet werden.

Digitized by Google

Die Entschädigung erfolgt regelmäßig in Land. Es gelten im Allgemeinen die Grundsätze der Gemeinheitstheilungsordnung auch bezüglich der Zusammenlegung nach diesem Gesetze.

§. 213. Auseinandersetzungsbehörden, Verfahren.

Zur Ausführung der Agrargesetze bestehen besondere Behörden, welche administrative und richterliche Befugnisse vereinigen, indem sie nicht nur die Auseinandersetzung bewirken, sondern auch die rechtlichen Vorfragen entscheiden, so daß sie unter Anderem über das Eigenthumsrecht der Betheiligten, über Grenzstreitigkeiten bei Gelegenheit der Auseinandersetzungen erkennen.

Die wichtigsten dieser Behörden bilden die Generalkommissionen.[1] An sie sind die Anträge wegen Auseinandersetzungen, Verkoppelungen, Ablösungen zu richten. Sie ernennen zum Betrieb des Geschäfts an Ort und Stelle Specialkommissarien, welche die Parteien vernehmen und die Theilungspläne und Recesse entwerfen.[2 3] Die Generalkommissionen selbst aber haben außer der Leitung der Thätigkeit der Specialkommissare die erstinstanzliche Entscheidung der sich erhebenden Streitigkeiten, ferner die Prüfung und Bestätigung der Auseinandersetzungsrecesse und endlich deren Ausführung. Als Spruchbehörde für die Entscheidung der sich aufwerfenden Streitigkeiten in zweiter Instanz fungirt ein Revisionskollegium, welches ursprünglich für jede Provinz getrennt eingesetzt, seit dem Jahre 1845 in ein einziges Kollegium für die ganze Monarchie zusammengezogen wurde.[4] Das Verfahren bei den Auseinandersetzungsbehörden geschieht gemäß der allgemeinen Gerichtsordnung nach den Grundsätzen der Untersuchungsmethode, so daß die Behörden die Wahrheit auch unabhängig von den Angaben der Parteien durch alle zulässigen Mittel zu erforschen haben und präjudicielle Punkte ohne Antrag zur Verhandlung ziehen können. In dritter Instanz entscheidet endlich das Obertribunal im gewöhnlichen Verfahren auf Grund der Rechtsmittel

---

1) Vorzugsweise für die Regulirungen durch die Verordnung vom 20. Juni 1817 bestimmt, dann aber auch mit Ausführung der Gemeinheitstheilungen, Reallastablösungen, Verkoppelungen betraut. In einigen Regierungsbezirken sind die Geschäfte der Generalkommissionen den landwirthschaftlichen Abtheilungen der Regierungen überwiesen.

2) Die Specialkommissare können nur solche richterliche Entscheidungen erlassen, die interimistische Verfügungen bilden. V. vom 22. Nov. 1844 §. 5.

3) Nach der V. vom 30. Juni 1834 §. 2 ff. bestehen auch Kreisvermittlungsbehörden behufs gütlicher Vereinigung über die zum Ressort der Generalkommissionen gehörigen Angelegenheiten, an welche sich jeder Provokant wenden, deren Einwirkung aber der andere Theil ablehnen kann. Ferner sind für gewisse Streitigkeiten Schiedsrichter bestimmt.

4) Verordnung vom 22. November 1844, betreffend den Geschäftsgang und den Instanzenzug bei den Auseinandersetzungsbehörden §. 7.

Digitized by Google

der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde, über Streitigkeiten in Betreff der Theilnahmerechte und deren Umfang, wie überhaupt über alle diejenigen Streitpunkte, welche Gegenstand eines gewöhnlichen Processes hätten werden können, wenn sie durch die Agrargesetze der Entscheidung der ordentlichen Gerichte nicht entzogen wären.[5]

Die Auseinandersetzungsbehörden haben fast durchweg die Rechte der Realberechtigten, desgleichen die fiskalischen und landespolizeilichen Interessen von Amtswegen wahrzunehmen.[6]

Was die Legitimation der Parteien betrifft, so gilt der besondere Grundsatz, daß der Ehemann seine Ehefrau hinsichtlich des gemeinschaftlichen, wie auch des in seinem Nießbrauch stehenden Vermögens ohne Vollmacht, ja gegen ihren Widerspruch vertritt.[7] Die Festsetzung der Legitimation der Eigenthümer sollte ursprünglich ausschließlich durch Vorlegung eines Hypothekenscheins geschehen, was mit dem früher geltenden Zwange zur Eintragung in Verbindung steht.[8] Später erachtete man aber die Legitimation eines sich meldenden, im Hypothekenbuche nicht verzeichneten Interessenten schon als geführt, wenn er seinen Eigenthumsbesitz durch ein Attest der Gemeindebehörde oder eine Erwerbsurkunde bescheinigt, wenn seine Legitimation von den übrigen Theilnehmern der Auseinandersetzung nicht bestritten wird und ein öffentliches Aufgebot unbekannter Interessenten erfolgt ist. Wer sich nach Ablauf des Termins, welchen das Aufgebot feststellte, bis zur Receßvollziehung meldet, muß Alles gegen sich gelten lassen, was gegen den solcher Gestalt vorläufig legitimirten Inhaber des Grundstücks festgestellt wurde.[9]

§. 214. Der Receß und seine Ausführung.

Die Auseinandersetzung wird beendigt durch den das Verfahren abschließenden Receß, welcher eine vollständige Angabe des Resultats der Auseinandersetzung zu enthalten hat.

---

5) K. O. vom 15. März 1834 wegen Anwendbarkeit der K. O. vom 14. Dec. 1833. — Die Regelung dieser bisher dem Obertribunal zustehenden Gerichtsbarkeit nach Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze ist einem besondern Gesetze vorbehalten.

6) V. vom 30. Juni 1834 §§. 10. 11. Die Wahrung der Rechte der Kirchen und milden Stiftungen steht den Auseinandersetzungsbehörden an Stelle der Aufsichtsbehörden seit dem Gesetze vom 15. April 1857 §. 12 nicht mehr zu.

7) V. vom 30. Juni 1834 §. 22, dies vorausgesetzt, daß die Ehefrau nicht unter Vormundschaft steht.

8) Verordnung vom 20. Juni 1817 §. 91.

9) Besonders Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 §. 109. Der Hypothekenrichter darf die Eintragung der von den Auseinandersetzungsbehörden bestätigten Recesse nicht versagen, auch wenn der Receß mit einem andern als dem eingetragenen Besitzer abgeschlossen, bei der Bestätigung aber von der Auseinandersetzungsbehörde bescheinigt ist, daß die Legitimation der noch nicht titulirten Besitzer in obiger Weise ergänzt sei. Die praktische Geltung dieser Bestimmung trotz der neuen Grundbuchverfassung ist nicht zu bezweifeln. So auch Evers bei Gruchot Bd. 21 S. 764 ff.

Digitized by Google

Nach Feststellung der wesentlichen Vorfragen der Auseinandersetzung durch Vergleich der Betheiligten oder Erkenntniß [1] wird der Receßentwurf vom Specialkommissar abgefaßt, Seitens der Generalkommission in Absicht seiner Bestimmtheit, Deutlichkeit und Aktenmäßigkeit geprüft und festgestellt und den Betheiligten zur Unterschrift vorgelegt. Weigert sich ein Betheiligter der Unterschrift, so wird dieselbe, falls seine Einwendungen unerheblich sind, durch Erkenntniß ergänzt. Die endliche Vollendung erhält der Receß schließlich durch die formelle Bestätigung Seitens der Generalkommission. [2]

Soweit dem Receß die Zustimmung der Parteien zu Grunde liegt, hat er die Natur eines gerichtlich bestätigten Vergleichs, soweit dieselbe durch Erkenntniß ergänzt ist, eines rechtskräftigen Urtheils. In Folge dessen ist er exekutionsfähig. Diese Exekutionsfähigkeit besteht auch gegenüber späteren Erwerbern, selbst wenn diese von den im Grundbuch eingetragenen Eigenthümern erworben haben. [3] Mit der Bestätigung des Recesses geht ferner das Eigenthum der in demselben zugewiesenen Planstücke auf die Betheiligten unmittelbar über, ohne daß es einer Besitzübergabe oder der Eintragung in das Grundbuch hierzu bedarf. [4]

Der Receß gilt als vollständige Erledigung aller zu der fraglichen Auseinandersetzung gehörigen Verhältnisse, Nachforderungen wegen angeblich übergangener Rechte sind daher regelmäßig unzulässig. Doch ist bei einer Umlegung von Grundstücken binnen Jahresfrist nach Ausführung des Recesses noch eine Nachverhandlung wegen bestimmter im Gesetz vorgesehener Angelegenheiten, insbesondere in Bezug auf Wege, Triften, Bewässerungs- und Entwässerungsgräben zulässig. [5] Ob auch die Rechte Dritter durch die Auseinandersetzung berührt sind, richtet sich danach, ob sie sich hätten melden sollen oder nach dem Gesetze als durch die Betheiligten oder die Auseinandersetzungsbehörde selbst mit vertreten gelten. [6]

---

1) Sind einzelne Punkte noch streitig, welche nur zu einer Geldentschädigung führen können, oder für welche unbeschadet der Vertheilung im Ganzen eine Naturalabfindung ausgesetzt werden kann, so ist der Receß bereits unter Vorbehalt dieser Punkte zu entwerfen. V. vom 20. Juni 1817 §. 158.

2) Die Regierungen resp. die Provinzialschulkollegien haben das Recht der Bestätigung der vergleichsweise auf Grund eigner Verhandlungen abgeschloßnen Recesse bezüglich der von ihnen ressortirenden Güterverwaltungen. V. vom 30. Juni 1834 §. 39. — Privatabkommen über Auseinandersetzungen bedürfen der Bestätigung der Generalkommissionen zu ihrer Perfektion. V. vom 13. Juli 1829 §. 14. Entsch. des Obertrib. Bd. 30 S. 254 ff.

3) Verordnung vom 20. Juni 1817 §. 169. K. O. vom 18. Dec. 1841.

4) So das Obertribunal auf Grund des §. 169 ff. der V. vom 20. Juni 1817. Striethorst Archiv Bd. 39 S. 220. Entsch. Bd. 74 S. 222.

5) Verordn. vom 20. Juni 1817 §§. 170. 171.

6) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 7 S. 228.

Digitized by Google

Die Ausführung des Receſſes liegt den Auseinanderſetzungsbehörden ob, und zwar nach der geſetzlichen Regel erſt nach der Rechtskraft des Receſſes. Zuläſſig iſt jedoch auf Grund einer Ausnahmebeſtimmung die Ausführung des feſtgeſtellten Auseinanderſetzungsplans, ehe derſelbe durch die Beſtätigung in Rechtskraft übergeht;[7] ſie iſt thatſächlich zur Regel geworden. Der Beſitznehmer erhält in Folge deſſen Eigenthum an den Abfindungsſtücken unter der Bedingung der Aufrechterhaltung des bezüglichen Theils des Plans; daſſelbe iſt auch im Fall eines Antrags der Betheiligten auf Erſuchen der Auseinanderſetzungsbehörden im Grundbuch einzutragen, vorbehaltlich eines Vermerks, welcher die Möglichkeit der Reſolution der Zuweiſung klarſtellt.[8]

Iſt der Receß rechtskräftig geworden, ſo haben die Auseinanderſetzungsbehörden die Eintragung der aus demſelben folgenden dinglichen Veränderungen von Amtswegen beim Grundbuchamt nach Maßgabe des Geſetzes zu veranlaſſen.[9] Nichtabgefundne Realberechtigte erhalten die Rechte an den Abfindungsſtücken, welche ihnen an den in die Theilung eingeworfnen Grundſtücken zuſtanden. Wurde für mehrere von demſelben Beſitzer eingeworfne Objekte eine Geſammtabfindung in einer Planlage gewährt, ſo iſt ziffernmäßig zu vermerken, in welchem Verhältniß jedes einzelne eingeworfne Grundſtück ſein Surrogat in derſelben findet — ſ. g. ideelle Subrepartition; hierbei intereſſirte Realberechtigte ſind jedoch befugt, bei der Auseinanderſetzung eine reelle Subrepartition zu fordern, d. h. die Ausſcheidung eines reellen Theils der Geſammtabfindung, welcher dem ihnen früher verhafteten Objekt entſpricht.

Beſondere Aufgaben hat die Auseinanderſetzungsbehörde, wenn eine Kapitalabfindung anſtatt eines Theils oder Zubehörs eines Grundſtücks gewährt wird, an welchem Realrechte, insbeſondere auch Hypotheken beſtehen. Benutzt der Gutsbeſitzer dieſe Abfindung zu Verwendungen auf das Gut nach Ermeſſen der Auseinanderſetzungsbehörden oder zur Abſtoßung prioritätiſch eingetragener Forderungen, ſo haben die Realberechtigten keine weiteren

---

7) Ueber die frühere Ausführung des Receſſes vgl. Verordnung vom 22. Nov. 1844 §. 6, wodurch ältere Beſtimmungen aufgehoben wurden.

8) Geſetz vom 26. Juni 1875. Dernburg u. Hinrichs Pr. Hyp. R. I. S. 218 ff.

9) Aus den von den Auseinanderſetzungsbehörden beſtätigten Receſſen ſind nach der Novelle vom 24. Mai 1853 §. 1 und nunmehr nach der G. B. O. §. 77 nur folgende dingliche Veränderungen aufzunehmen: 1. Alle Aenderungen, welche ein ſpeciell im Hypothekenbuch vermerktes Verhältniß aufheben oder umgeſtalten. 2. Abgeſehen hiervon iſt bei dem berechtigten Grundſtück der Eintritt eines Surrogats für ein aufgehobenes Recht nur dann zu vermerken, wenn daſſelbe in einer Kapitalabfindung beſteht, da deren Auszahlung den Gutswerth mindert. 3. Bei dem verpflichteten Gut iſt jede neue Belaſtung einzuſchreiben. — Sind auf Erſuchen der Auseinanderſetzungsbehörde Eintragungen über dieſe Grenze hinaus erfolgt, ſo kann der Eigenthümer unter Vermittlung der Auseinanderſetzungsbehörde deren koſtenfreie Löſchung beantragen. G. B. O. §. 101.

Digitized by Google

Ansprüche, da ihnen diese Verbesserungen gleichfalls zu Gute kommen. Kann oder will aber der Gutsbesitzer dergleichen nicht vornehmen, so haben die Auseinandersetzungsbehörden den eingetragenen hypothekarischen Gläubigern und sonstigen eingetragenen Forderungsberechtigten Kenntniß von der Festsetzung der Kapitalabfindung zu geben und damit die Aufforderung zu verbinden, ihre Rechte auf das ihnen verhaftete Zubehörstück, sowie auf die Abfindungssumme binnen sechs Wochen bei der auffordernden Behörde anzumelden, widrigenfalls jene Rechte erlöschen und der Gutsbesitzer freie Verfügung über die Kapitalien erhält. [10]

Eine Anfechtung des Recesses wegen Irrthums ist wie bei andern gerichtlichen Vergleichen zulässig. [11] Bloße Abweichungen von den vorgehenden Verhandlungen genügen freilich zum Beweise des Irrthums noch nicht.

---

10) Vgl. L. R. I, 20 §§. 460—465. Gem. Theil. Ordn. von 1821 §. 150 ff. Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 §§. 110. 111. Ist der eingetragene Gläubiger todt oder seinem Aufenthalt nach unbekannt oder nicht mehr Besitzer der Forderung, so erfolgen öffentliche Aufforderungen an die unbekannten Berechtigten.

11) Entsch. des Obertribunals Bd. 36 S. 96.

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.

Das Eigenthumsrecht.

I. Das Objekt.

§. 215. Begrenzung und Umfang des Objekts.

Das Sondereigenthum der Privaten fordert eine räumliche Begrenzung der Sphäre ihres ausschließlichen Schaltens und Waltens.

Dieselbe wird bei Mobilien der Regel nach durch deren Individualität gegeben. Und zwar gilt dies mit Nothwendigkeit bei reell nicht theilbaren Objekten, z. B. bei einem Reitpferd, einem Kunstmöbel, wo ein besonderes Eigenthum an körperlichen Theilen undenkbar erscheint. Dagegen ist allerdings bei reell theilbaren Mobilien ein besonderes Eigenthum an deren Theilen auch vor Verwirklichung der Trennung an sich nicht unmöglich, z. B. an einer angezeichneten, aber noch nicht getrennten Anzahl von Ellen eines größeren Stücks Zeug oder an dem Rad, das mit dem Wagen eines Andern verbunden ist, oder an einem Juwel, welches in einen Schmuck gefaßt ist.[1] Das Eigenthum an Grundstücken endlich erhält — da die Erdoberfläche natürlicherweise ein zusammenhängendes Ganzes bildet — seine Begrenzung in der Regel erst durch menschliche Bestimmung. Diese Begrenzung ist daher auch beständiger Veränderung unterworfen, welche sich durch Trennung und Vereinigung vollzieht, natürlich stets unbeschadet bereits erworbener Rechte Dritter.[2]

---

1) Die römischen Juristen besprechen die Frage nur in Bezug auf zusammengesetzte Sachen und zwar für den Fall, daß die einem Andern gehörige Sache Theil der unsern wird, z. B. bei Einfügung eines fremden Steins in unsern Ring. Die Frage des Fortbestandes des bisherigen Eigenthums scheint kontrovers gewesen zu sein. Der Jurist Paulus von der Ansicht ausgehend, daß eine und dieselbe bewegliche Sache nur Einem gehören könne, verneint den Fortbestand des Eigenthums an der annektirten Sache, l. 23. §. 5. D. de R. V. 6, 1. l. 6. D. ad exhibendum 10, 4 — siehe Demelius die Exhibitionspflicht S. 108, vgl. Bechmann Accession S. 43. Andere Juristen scheinen hingegen die Fortexistenz des Sondereigenthums trotz der Verbindung anzunehmen l. 5. §. 1. D. de R. V. 6, 1. l. 12. §. 1. D. d. a. r. d. 41, 1. — l. 30. §. 1. D. de usurp. 41, 3.

2) Baustellen, welche bisher besondere Nummern hatten, dürfen ohne besondere obrigkeitliche Erlaubniß nicht in eins gezogen werden. L. R. I, 8. §. 76. Auch die dinglich Berechtigten haben ohne Zweifel ein Einspruchsrecht gegen eine bauliche Ver-

Digitized by Google

Das Eigenthumsrecht am Grundstücke ergreift nicht nur dessen Oberfläche, sondern auch den Luftraum über der Fläche und das Unterirdische innerhalb der Grenze, soweit die Möglichkeit menschlicher Herrschaft reicht.[3] Desgleichen erstreckt sich das Eigenthum auf Alles, was mit der Grundstücksfläche in Verbindung tritt, insbesondere also auf Pflanzungen und festverbundene Gebäude. Jedoch ist diese Erstreckung nicht wie bei den Römern Rechtsnothwendigkeit,[4] sondern tritt nur der Vermuthung nach ein, so daß bei uns ein gesondertes Eigenthum eines Dritten an individuell gestalteten, mit dem Grundstück verbundenen Objekten möglich bleibt. Es kann z. B. der Pächter Sondereigenthum an den von ihm auf dem Pachtgut errichteten Gebäuden haben und es gehören ihm, wie anderen Nutzungsberechtigten, die noch anstehenden Früchte des Gutes.[5]

Ein besonderes Zubehör der an die Straße einer Stadt stoßenden Häuser und Baugrundstücke ist noch nach preußischem Recht — älterer deutscher Rechtsanschauung gemäß[6] — die Befugniß zur Nutzung des zwischen ihnen und dem Straßendamm belegenen Bürgersteiges,[7] insoweit diese Nutzung

---

einigung, welche eine Verdunkelung ihrer Sonderrechte mit sich führen würde. Vgl. §. 77 a. a. O. Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 50. — Auch ein Brunnen, d. h. das Territorium, auf welchem sich derselbe befindet, kann unsres Erachtens Gegenstand besondern Eigenthums, besondrer Auflassung und Subhastation werden. Anders bei Johow Jahrb. Bd. 4 S. 31 n. 15.

3) L. R. I, 8. §. 132. Das Recht erstreckt sich in die unendliche Tiefe; daher z. B. die beim Bergbau zu Tage geförderten, dem Bergrecht nicht unterworfenen Bodenbestandtheile dem Eigenthümer der Bodenfläche gehören. Wie aber, wenn ein Tunnel- oder Stollen von einem entfernten Mundloch aus hunderte, ja tausende von Fußen unter der Oberfläche unseres Grundstücks geführt werden soll? Ist auch hier unsere Einwilligung erforderlich? An sich würden wir dies bejahen. Nur tritt dies praktisch wenig hervor, da solche Werke der Regel nach auf Grund eines Expropriationsrechts ausgeführt werden, der Eigenthumsanspruch also sich in einen solchen auf Schadenersatz umsetzt und ein Schade praktisch im vorausgesetzten Falle nicht vorliegen wird. Anders Ihering Jahrbuch für Dogmatik VI. S. 89 ff.

4) Die Römer führen den Satz auf die naturalis ratio zurück Gaj. Inst. II. §. 73. l. 2. D. de superfic. 43, 18. l. 50. D. ad leg. Aquil. 9, 2. Ueber seine positive Natur vgl. Bechmann Accession S. 58, Degenkolb Platzrecht S. 119 ff., welcher nicht ohne Grund daran zweifelt, ob der Satz in Rom zu allen Zeiten galt.

5) Daher erklärt das Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 30 ausdrücklich nur als mit dem Grundstück verpfändet „die auf dem Grundstück befindlichen oder nachträglich errichteten dem Eigenthümer gehörigen Gebäude.“ Vgl. auch L. R. I, 22. §§. 199. 200.

6) Das Recht auf den Bürgersteig — das sogenannte Traufrecht — stammt aus weitverbreiteter Observanz in den deutschen Städten. — Hommel obs. 301 und insbesondere Weiske Abhandlung praktischer Rechtsmaterien, Leipzig 1829, S. 89 betrachten den Hauseigenthümer geradezu als Eigenthümer des Raums. Gegen diese Auffassung jedoch Hesse Nachbarrecht II. S. 176 ff., auch Entsch. des O. Trib. Bd. 49 S. 92. Es läßt sich nur ein Nutzungrecht nachweisen. Vgl. auch Bobrick über die rechtliche Natur des Bürgersteigs in s. Zeitschrift I. S. 188.

7) L. R. I, 8. §§. 78—81. Der Anlieger kann daher gegen einen Dritten konfessorisch klagen, welcher den Bürgersteig zu seinen besonderen Zwecken, z. B. einem Verkaufsstandort, benutzen will.

Digitized by Google

mit dem Gemeingebrauch des Publikums verträglich ist.[8] Dem Anlieger liegt dagegen dessen Erhaltung ob.[9]

Zwischen welchen Punkten des Raumes sich die Grenze eines Grundstücks hinzieht, wird nicht selten zweifelhaft sein. Zur Erleichterung der Beurtheilung stellt das Gesetz einige den durchschnittlichen Erfahrungen entnommene Vermuthungen auf. Insbesondere gelten vorbehaltlich entgegenstehender Observanz die zwischen nicht abgemarkten Feldern befindlichen Raine oder sogenannten Pflugrechte, d. h. der zwischen den Nachbargrundstücken liegende unbebaute, noch jetzt oder doch ursprünglich zum Wenden des Pflugs benutzte Raum als gemeinschaftlich.[10] [11] Ebenso verhält es sich mit den zwischen den Nachbarhäusern liegenden Winkeln, d. h. verhältnißmäßig unbedeutenden, gemeinsamer Benutzung, namentlich der beiderseitigen Traufe dienenden Zwischenräumen.[12] [13] Hat einer der Nachbarn den Zwischenraum bisher allein benutzt, z. B. mittels Fallenlassen der Traufe, oder Aufwinden von Lasten, oder durch offene — nicht vergitterte — Fenster, so wird dessen Alleineigenthum vermuthet. Endlich gilt noch bei gemauerten Scheidewänden

---

8) Ueber den zu verstattenden Umfang des gemeinen Gebrauchs und die Errichtung sowie die Reparatur von Bauanlagen auf dem Bürgersteig entscheidet die Polizeibehörde. L. R. I, 8. §. 79 ff. Ein Entschädigungsanspruch wird, wenn die polizeiliche Genehmigung zur Reparatur verweigert und dadurch der Abbruch solcher Anlagen nöthig wird, nicht zugestanden in Entsch. d. O. T. Bd. 67 S. 54.

9) Das O. Trib. Bd. 62 S. 36 mißt den Worten von L. R. I, 8 §. 81, „soweit er das Steinpflaster zu unterhalten hat" eine räumliche Bedeutung bei und nimmt eine allgemeine Pflicht der Anwohner zur Unterhaltung des Bürgersteigs an; dagegen freilich Hinschius in Behrend's Zeitschrift Bd. 5 S. 282. Die Verpflichtung ist eine der Eintragung nicht bedürfende Reallast. Kein Bürgersteig ist der an einem Kanal in der Stadt hinlaufende Fußweg nach Entsch. des O. Trib. Bd. 62 S. 373.

10) L. R. I, 8. §. 118. Das Gleiche nehmen gemeinrechtliche Schriftsteller an: Hofacker princ. iur. II, §. 908, Holzschuher II. §. 99. Fr. 8. Es gilt dies nur für die zum Pflugwenden dienlichen unbebauten Grenzstreifen. Dagegen gehört ein sogenannter hoher Rain, d. h. der zwischen einem höher und einem tiefer liegenden Grundstücke belegene, beide trennende Abhang, der Regel nach dem obenliegenden Grundstück zu. Holzschuher l. c. — Die Pflugrechte können von den Anliegern ganz zum Wenden des Pflugs benutzt werden, die Grasnutzung ist gemeinsam. Keiner der Anlieger darf aber Theile des Rains abackern.

11) Was von Pflugrechten bestimmt ist, kann keineswegs schlechthin auf Privatwege angewendet werden, so daß diese ohne weiteres als den Anliegern gemeinsam anzusehen wären, denn die Bestimmung L. R. I, 8. §. 118 rechtfertigt sich aus den besonderen faktischen Verhältnissen. Bei Wegen muß vielmehr Eigenthumsrecht nachweisen, wer eine Aenderung des Besitzstandes prätendirt. Anderer Ansicht das Obertribunal in Ulrich Archiv X. S. 55, Heydemann I. S. 429, vgl. dagegen Sommer in Ulrich Archiv l. c. S. 53.

12) L. R. I, 8. §§. 120. 121. Entsch. des O. T. Bd. 70 S. 317. Nicht richtig ist, daß höchstens ein Zwischenraum von drei Fuß als Winkel zu behandeln sei.

13) Bildet ein Graben die Grenze, so hat derjenige, auf dessen Boden sich der Aufwurf befindet, die Vermuthung des Eigenthums des Grabens, L. R. I, 8. §. 188, weil er den Graben in diesem Falle der Regel nach allein errichtet hat. Hommel obs. 301. Sprichwort: wem der Hagen, dem der Graben.

Digitized by Google

die Vermuthung für das Eigenthum dessen, auf dessen Seite sich allein Vertiefungen finden, oder wenn dies nicht entscheidet, nach dessen Seite die aufliegenden Platten ablaufen. Fehlt es an derartigen Anzeichen, so gilt die Mauer als beiden Nachbarn gehörig.[14] [15] In gleicher Weise ist der auf der Grenze stehende Baum im getheilten Eigenthum der Grundstücksnachbarn.[16]

§. 216. Die Grenzklagen.

Der Festsetzung der Grundstücksgrenzen dienen die Grenzklagen. Dieselben bezwecken entweder die richterliche Ermittlung einer streitigen Grenze — Grenzscheidungsklagen — oder bewirken bloß die äußere Beurkundung einer an sich unstreitigen Grenze auf dem Grundstück — Grenzerneuerungsklagen.

1. Die Grenzscheidungsklage lehnt sich an die römische actio finium regundorum. Sie setzt streitige, sogenannte verdunkelte[1] Grenzen voraus. Aehnlich wie bei einer Eigenthumsklage nimmt der Kläger mit ihr ein Stück der Erdoberfläche in Anspruch,[2] indem er die Anerkennung des von ihm prätendirten Grenzzugs fordert, den er in der Klage unter möglichster Angabe der entgegenstehenden gegnerischen Behauptungen zu bezeichnen hat.[3] Jedoch

---

14) L. R. I, 8. §§. 159—161. Analog ist auch bei Scheidewänden aneinanderstoßender Gebäude im Zweifel Gemeinsamkeit anzunehmen. Striethorst Bd. 97. S. 38. Weiteres Detail namentlich über Planken, Zäune u. s. f. L. R. I, 8. §. 157 ff.

15) Was die Rechtsverhältnisse einer sogenannten gemeinschaftlichen Mauer betrifft, so bestimmt L. R. I, 8. §. 133 ff., daß jeder Nachbar an seiner Seite die Mauer bis zur Hälfte der Dicke zu Anlagen, z. B. zu Wandschränken, benutzen könne, soweit er hierdurch dem Nachbar nicht schade, daß er ferner an einer solchen Mauer Schornsteine — jedoch nicht Back-, Brenn- oder Schmelzöfen — anlegen dürfe. Auch wurde erkannt, daß jeder Theil seine Mauerhälfte erhöhen könne, ohne an des Andern Zustimmung gebunden zu sein. Präj. des Obertrib. 2694. Entsch. Bd. 38 S. 49. Hiernach bestehen an einer solchen Grenzmauer partes pro diviso, welche sich durch die als durchlaufend gedachte Grenzlinie bilden, daneben ist aber eine wechselseitige Servitut zu statuiren, in Folge deren Jeder der Nachbarn seine Mauerhälfte, soweit dies das Bedürfniß der andern Hälfte erfordert, in Stand zu halten hat. Die römischen Juristen allerdings sehen in dem Verhältniß für die Regel wahres Miteigenthum und schreiben den Nachbarn partes pro indiviso an der Mauer zu; vgl. u. A. l. 52 §. 13. D. pro socio 17, 2. l. 8. D. de serv. pr. u. 8, 2. l. 22. D. comm. div. 10, 3. Allein die Römer waren zu dieser Behandlung um deswillen genöthigt, weil sie — abgesehen von der servitus oneris ferendi — eine Servitut, welche den Eigenthümer der Nachbarsache zu einem Thun, dem Instandhalten seiner Mauerhälfte, genöthigt hätte, nicht kannten. Bei uns fällt dieser Grund für die künstlichere Annahme von ideellen Theilen weg.

16) L. R. I, 9 §. 286. Und zwar besteht, wie auch nach römischem Rechte, Eigenthum pro partibus divisis l. 19 pr. D. comm. div. 10, 3. Jeder Nachbar ist an sich zum Fällen des Baums befugt. An dem gefällten Baum trat in Rom Miteigenthum nach ideellen Theilen ein. Bei uns müssen wohl die Grundsätze L. R. I, 9 §. 307 ff. Anwendung finden.

1) L. R. I, 17 §. 362 ff. A. G. O. I, 42. §. 1 ff. Leonhard: über die Grenzscheidungsklage nach preußischem Rechte bei Gruchot Bd. 5 S. 238.

2) l. 1. D. fin. regund. 10, 2: pro vindicatione rei est.

3) A. G. O. I, 42 §. 2.

Digitized by Google

bleibt Hauptzweck der Klage die Beseitigung der Unsicherheit der streitigen Grenze, in welcher ein Postulat der Rechtsordnung liegt. Daher kann sich der Richter nicht damit begnügen, den Kläger abzuweisen, wenn sich dessen Angaben nicht bewahrheiten, vielmehr muß die Grenzscheidungsklage, einmal angeregt, zu einem positiven Resultate führen; das Urtheil kann also auch den Grenzzug, welchen der Verklagte behauptet hat, als den richtigen anerkennen, so daß sich das Verfahren, wie nach römischem Rechte, zum iudicium duplex gestaltet.[4] Aus gleichem Grunde kann die Befugniß zur Anstellung dieser Klage nicht durch Verjährung erlöschen.[5]

Bei der Festsetzung der Grenze ist natürlich in erster Linie das Recht auf den streitigen Grenzstreifen maßgebend.[6] Ist dasselbe jedoch nicht zu ermitteln, so hat der Richter auf den bisherigen ruhigen Besitzstand Rücksicht zu nehmen. Fällt auch der Anhalt des ruhigen Besitzes weg, so ist das streitige Stück unter den Parteien gleich zu theilen.[7] [8]

Berechtigt die Klage anzustellen ist der Eigenthümer eines der benachbarten Grundstücke. Dies auch dann, wenn er im Besitze des streitigen Grenzstreifens ist, da er auch in solchem Falle ein Interesse an der Grenzbestimmung haben kann. Ob auch ein einzelner Miteigenthümer und ob dinglich Berechtigte, wie namentlich Nutznießer, die Klage anstellen können, ist zweifelhaft, aber zu bejahen.[9] Die Klage muß gerichtet werden gegen den Eigenthümer des Nachbargrundstücks. Auch der Nießbraucher muß sie übernehmen.[10] Die Entscheidung, welche gegenüber dem Eigenthümer gefällt

---

4) l. 37. §. 1. D. de Obl. 44, 7. Striethorst Arch. Bd. 54 S. 210.

5) L. R. I, 17 §. 373.

6) Hierbei kann man sich auch auf Verjährung berufen. Jedoch findet nur eine fünfzigjährige Verjährung statt, wenn die Grenzen durch Gesetz, Verträge oder rechtskräftige Erkenntnisse klar bestimmt waren, L. R. I, 9 §. 660.

7) L. R. I, 17 §. 379, vgl. A. G. O. I, 13 §§. 29. 30. l. 2. §. 1. D. fin. reg. 10, 1. Die römischen Juristen gestatteten dem Richter auch das Ziehen einer neuen Grenze unter Entschädigung des hierdurch Verlierenden, wenn die bisherige Grenze zwar nicht streitig, aber unzweckmäßig war, z. B. durch einen Bach gebildet ward, der seinen Lauf verändert. Vgl. §. 6. J. de officio iudicis 4, 17. Diese Befugniß hat bei uns der Richter nicht.

8) Hieraus ergiebt sich für die Frage der res iudicata Folgendes: Hat Jemand ein Stück Land durch Vindikation gefordert und stellt er, nachdem er unterlag, die Grenzregulirungsklage an, so steht dem Kläger die Einrede des rechtskräftigen Urtheils insoweit entgegen, als er sich auf ein Recht an der Fläche bis zum prätendirten Grenzzug stützt, sie kann ihm aber insoweit nicht opponirt werden, als er nur eine zu beseitigende Unsicherheit der Grenze behauptet. Vgl. Koch Proceßpraxis I. S. 895. Zu weit geht O. T. Entsch. Bd. 38 S. 379.

9) Für das Klagrecht der dinglich Berechtigten vgl. l. 4 §. 9. D. fin. reg. 10, 1. Man denke: durch einen Wolkenbruch wird die Grenze zweier Grundstücke völlig unkenntlich, von denen eins im Nießbrauch steht, soll hier der Nießbraucher, wenn der Proprietar nicht klagen will, kein Rechtsmittel haben? Das Gesetz schweigt, die Praxis schwankt.

10) L. R. I, 21 §. 82.

Digitized by Google

wird, macht regelmäßig Rechtskraft auch gegenüber den dinglich an dessen Sache Berechtigten, soweit keine Kollusion vorliegt.[11]

Die Grenzscheidungsklage beschränkt sich auf die Bestimmung der Grenze. Etwaige Geldansprüche, z. B. wegen der von dem andern Theil ohne Recht auf unserm Territorium gezogenen Früchte sind in einem besondern Schadensproceß zu verhandeln.[12] Die Entscheidung in erster Instanz gilt als Interimistikum; die R. C. P. O. hat eine besondre Bestimmung nicht.

Man nimmt häufig an, daß die Grenzscheidungsklage sich auf Gebäudegrundstücke nicht beziehe.[13] Indeß muß auch bei ihnen auf Antrag eines Betheiligten die Grenze richterlich bestimmt werden, wenn sie, was freilich seltner vorkommen wird, verdunkelt ist.[14]

2. Ein Grenzerneuerungsverfahren findet statt, wenn die Grundstücksgrenze zwar unstreitig, aber auf dem Grundstück nicht der Art bekundet sind, daß späteren Verdunkelungen vorgebeugt ist. Sämmtliche betheiligte Nachbarn sind zuzuziehen, so daß sie auch in der Regel die Kosten verhältnißmäßig tragen müssen. Eine gerichtliche Verhandlung wird nur nöthig für den Fall, daß nicht alle Interessenten freiwillig Theil nehmen.[15] Es hat dann das Gericht zuvörderst über die Nothwendigkeit der Grenzerneuerung zu erkennen und auf Grund dieses Erkenntnisses einen Termin für die Grenzerneuerung festzustellen, zu welchem die Parteien zu laden sind.

II. Gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums.

§. 217. Beschränkungen im allgemeinen Interesse.

Die freie Verfügung des Eigenthümers über seine Sachgüter findet eine Schranke in gewissen Normen des öffentlichen Rechts, durch welche ein- für

11) L. R. I, 20 §§. 458. 459. Siehe oben §. 187 sub 3. Ueber die Zuziehung dinglich Berechtigter findet sich in L. R. I, 17 §. 387 eine Verweisung auf L. R. I, 17 §§. 323—332. Hiervon ist nur noch anwendbar, daß unter Umständen der nächste Lehnsfolger bei Lehnen zuzuziehen ist, §. 5 ff. der Gem. Theil. Ordnung vom 7. Juni 1821. Erhält bei Grenzberichtigungen ein Nachbar zur Ausgleichung Kapitalabfindungen, so sind die Hypothekengläubiger zuzuziehen nach L. R. I, 20 §. 460. Dernburg und Hinrichs P. H. R. I. S. 203.

12) Diese Trennung, welche der Beschleunigung der Sache dient, erkennt das römische Recht an bezüglich der vor dem Prozeß gezogenen Früchte in l. 4 §. 2. D. fin. reg. 10, 1. Weit entfernt davon, daß, wie Windscheid II. §. 450 Anm. 8 behauptet, diese Stelle für uns ohne Bedeutung sei, ist dem in ihr liegenden Gedanken noch eine weitere Anwendung zu geben.

13) Nach l. 2. pr. l. 4 §. 10. D. fin. reg. 10, 1. Gruchot Bd. 7 S. 382. Dagegen auch Striethorst Bd. 73 S. 114.

14) Der Besitzer eines an einem öffentlichen Wege liegenden Grundstücks, welcher behauptet, daß der Besitzer des an der andern Seite des Weges belegenen Grundstücks den Weg herübergedrängt habe, hat zwar keine Grenzscheidungsklage, wohl aber eine Schadensersatzklage, welche die Römer als actio viae reiectae bezeichnen, l. 3. pr. de via publica 43, 11.

15) Präj. des O. T. 1033 vom 7. August 1841 unerachtet L. R. I, 17 § 388. Striethorst Bd. 95 S. 75.

Digitized by Google

allemal und darum auch ohne Gewährung einer Entschädigung das Eigenthumsrecht nach gewissen Richtungen hin eingeengt ist.[1] Es gehört hierher unter Anderm Folgendes:

1. Nur im Falle ausdrücklicher Genehmigung der Regierung ist der Grundeigenthümer zur Neuanlage, Verlegung, Erhöhung und völliger oder theilweiser Zerstörung von Deichen oder ähnlichen Erhöhungen befugt, welche die Ausbreitung der zeitweise aus ihren Ufern tretenden Gewässer beschränken. Auch kann die Regierung den Grundeigenthümer zur Erhaltung verfallender und zur Wiederherstellung verfallener Deiche anhalten, und es können Deichgenossenschaften zwangsweise gebildet werden.[2]

2. In Bewässerungs- und Entwässerungssachen besteht, um den Widerstand einzelner Grundeigenthümer gegen gemeinnützige Anlagen zu brechen, die Möglichkeit des Zwangs zum Beitritt von Genossenschaften, welche behufs solcher Anlagen die freie Verfügung der Eigenthümer über ihre Grundstücke beschränken.[3] Es können auch zum Schutz des Fischbestandes die Berechtigten eines größern zusammenhängenden Fischereigebiets zwangsweise zu Genossenschaften vereinigt werden.[4]

3. Die landrechtliche Gesetzgebung verbot, übereinstimmend mit älteren Provincialforstordnungen, den Eigenthümern der Privatforsten Holzverwüstung derart, daß man offenbare Walddevastation sogar mit öffentlicher Strafe belegte und die Waldeigenthümer nöthigte, den Anweisungen der Landespolizeibehörde wegen Einschränkung des Holzschlages Folge zu geben.[5] Diese Bestimmungen waren jedoch bei dem Waldreichthum der preußischen Monarchie im Ganzen überflüssig[6] und mußten den Zweck der Hebung der Holzproduktion verfehlen, insofern sie bei dem Schwanken des Begriffs der Waldverwüstung die Grundbesitzer willkürlicher Behandlung aussetzten und ihnen diese Art der Bodennutzung verleideten.[7] Das Edikt zur Beförderung der Landeskultur vom 14. September 1811 hob daher diese Einschränkungen

---

1) Von der Expropriation unterscheiden sich diese gesetzlichen Beschränkungen eben dadurch, daß sie auf einer gleichmäßig wirkenden Norm und nicht auf einem individuellen Eingriff beruhen. Vgl. oben §. 33.

2) Deichgesetz vom 28. Januar 1848 §. 1 und ff.

3) Gesetz vom 28. Februar 1843 §. 56 ff., vom 11. Mai 1853 Art. 2.

4) Fischereigesetz vom 30. Mai 1874 §§. 9. 10. Die Genossenschaft wird zur geregelten Aufsicht, unter gewissen Voraussetzungen auch zu gemeinsamer Bewirthschaftung der Fischwasser gebildet.

5) L. R. I, 8 §. 83.

6) Im Jahre 1865 betrug die Waldfläche in der damaligen Monarchie 26,950,009 Morgen oder 25 Prozent der Gesammtfläche. Von dem Waldboden kamen 27 Prozent auf die Staatsforsten, 13 Prozent auf die Gemeinden, 1 Prozent auf die Korporationen und Stiftungen, 59 Prozent oder 15,935,802 Morgen auf Privatbesitz.

7) Roscher Volkswirthschaft II. §. 194.

Digitized by Google

auf,[8] und gestattete, die Waldungen nach Gutdünken zu benutzen und urbar zu machen, soweit nicht private Berechtigungen Anderer entgegenstanden. Umgekehrt wurde Jedem erlaubt, nach eignem Ermessen landwirthschaftliche Grundstücke in Forst zu verwandeln.

Die Holzungen der Gemeinden und öffentlichen Anstalten unterliegen jedoch der Oberaufsicht des Staats, welcher darüber zu wachen hat, daß sie nur innerhalb der Grenzen der Nachhaltigkeit ausgenutzt werden.[9]

Nach dem Gesetz vom 6. Juli 1875 betreffend Schutzwaldungen und Waldgenossenschaften kann ferner auch gegenüber Privaten zur Abwendung gemeiner Gefahr eine Beschränkung der Benutzung ihrer Waldungen und die Ausführung von Waldkulturen oder sonstigen Anlagen zwangsweise angeordnet werden, wenn der abzuwendende Schaden den aus der Einschränkung für den Eigenthümer entstehenden Nachtheil beträchtlich überwiegt; es ist aber hierfür Entschädigung zu gewähren.[10] Außerdem können zwangsweise Waldgenossenschaften behufs gemeinsamer Schutzmaßregeln oder gemeinsamer Bewirthschaftung ihrer Grundstücke eingerichtet werden, falls die forstmäßige Benutzung nebeneinander oder vermengt gelegner Waldgrundstücke nur durch das Zusammenwirken aller Betheiligter zu erreichen ist.[11]

4. Nach dem Eisenbahngesetze kann der Eigenthümer einer Eisenbahn Seitens der Verwaltungsbehörden dazu genöthigt werden, die Bahn nebst den Transportanstalten fortwährend in solchem Stande zu erhalten, daß die Beförderung mit Sicherheit und auf die der Bestimmung des Unternehmens entsprechende Weise erfolgen könne.[12]

5. In ähnlicher Weise bestimmt das derzeitige Bergrecht,[13] daß der Bergwerksbesitzer verpflichtet sei, Bergbau wirklich zu betreiben, wenn der Unterlassung oder Einstellung des Betriebs nach der Entscheidung des Oberbergamts das öffentliche Interesse überwiegend entgegensteht. Die im Principe

---

8) Edikt vom 14. September 1811 §. 4. Es gilt dies, abgesehen von den neuesten Provinzen, auch für die Theile der Monarchie, in denen sonst das Edikt keine Geltung hat.

9) Gesetz betreffend die Verwaltung der den Gemeinden und öffentlichen Anstalten gehörigen Holzungen in den Provinzen Preußen, Brandenburg, Pommern, Posen, Schlesien, Sachsen vom 14. August 1876; die Verordnung vom 24. December 1816 bestimmte bereits in gleichem Sinn über die Waldungen von Korporationen in Sachsen, Westphalen und Rheinland.

10) Das Gesetz vom 6. Juli 1875 §. 2 hebt die Fälle besonders hervor, insbesondre die Gefahr der Versandung, des Abrutschens von Grundstücken, der Verminderung des Wasserstandes, der Einwirkung schädlicher Winde u. s. f.

11) Citirtes Gesetz §. 23 ff.

12) Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 §. 24. Vgl. deutsche Reichsverfassung Art. 43.

13) Berggesetz vom 24. Juni 1865 §. 65.

Digitized by Google

der Regalität wurzelnden, viel weiter gehenden Beschränkungen des frühern Bergrechts sind hingegen mit dessen Neugestaltung beseitigt worden.

6. Eigenthümlich sind die sogenannten Rayonbeschränkungen.[14] In der Nähe von permanenten Befestigungen, mögen dieselben nun bereits errichtet sein oder künftig errichtet werden, unterliegt nämlich im militärischen Interesse die Benutzung des Grundeigenthums dadurch Einschränkungen, daß gewisse Anlagen überhaupt nicht zulässig, andere nur mit Genehmigung der zuständigen Behörden statthaft sind. Und zwar wird die Umgebung der Festungen je nach der Entfernung von deren äußerster Vertheidigungslinie in drei Rayons zerlegt, in welchen die Art und der Umfang der gesetzlichen Einschränkungen verschieden bestimmt ist. Bei Neuanlagen von Befestigungen, sowie auch nach Ermessen der Kommandantur bei den bestehenden Werken, wird ein Rayonplan mit Rayonkataster zur Bezeichnung der durch sie beschränkten Grundstücke aufgenommen, gegen welchen die Besitzer innerhalb kurzer Fristen nach seiner Veröffentlichung Einwendungen erheben können, über welche die Kommandantur und letztlich die Reichsrayonkommission entscheiden.

Der öffentlich rechtliche Charakter ist bei diesen Beschränkungen das Dominirende. Anlagen, welche nach dem Urtheil der Rayonbehörden unzulässig sind, werden demnach, wenn sie der Besitzer nicht beseitigt, auf dessen Kosten polizeilich entfernt.[15] Gegen die Rayonbeschränkung kann auch keine Verjährung schützen und selbst ein befreiender Vertrag würde nur Entschädigungsansprüche gewähren.

Die Beschränkung tritt — hierin liegt die Verschiedenheit von einer Expropriation — unmittelbar in Folge des Gesetzes ein. Indessen wird sie doch, wie jene, durch einen Akt der Verwaltung, nämlich die Anlage einer Festung indirekt hervorgerufen. Daher leistet das Reich Entschädigung für dergleichen Beschränkungen, von welchen ein Grundstück bisher frei war, denen dasselbe aber auf Grund des Reichsgesetzes inskünftige unterworfen wird. Bei der Werthbestimmung wird die Zeit der im Reichsgesetzblatt erfolgten Bekanntmachung über die Inaussichtnahme der Neuanlage oder die Erweiterung der bestehenden Festungswerke als maßgebend erachtet.[16] Die Entschädigung geschieht in Rente zu sechs Procent, wovon ein Procent die Amortisationsquote bildet, so daß die Rente nach 37 Jahren

---

14) Vgl. Reichsgesetz vom 21. December 1871, betreffend die Beschränkungen des Grundeigenthums in der Umgebung von Festungen.

15) Reichsgesetz a. a. O. §. 32.

16) Reichsgesetz a. a. O. §§. 34. 35. Wegen der Beschränkungen im dritten Rayon, welche in der Auflage vorgängiger Genehmigung der Militärbehörden zu gewissen besonderen Anlagen liegen, entstehen Entschädigungsansprüche erst dann, wenn diese Genehmigung versagt wird, §. 38.

Digitized by Google

erlischt.[17] Beträgt die Werthverminderung, welche das Grundstück durch die Beschränkung erleidet, ein Drittel seines bisherigen Werthes, so kann der Eigenthümer nach seiner Wahl auch Kapitalentschädigung fordern. Wird die Festungsanlage beseitigt, so fallen die Rayonbeschränkungen weg, ohne daß die Besitzer dem Fiskus etwas hiefür zu leisten haben, auch wenn seiner Zeit eine Entschädigung für dieselben gezahlt war.[18] Die Fortentrichtung der noch laufenden Entschädigungsrente kann aber in diesem Falle nicht verlangt werden.[19]

§. 218. Fortsetzung. Oeffentliche Beschränkungen des Baurechts.

Das an sich im Eigenthum an einem Grundstücke liegende Recht, dasselbe beliebig mit Gebäuden zu besetzen, ist Einschränkungen im öffentlichen Interesse unterworfen, da die Neuerrichtung und Umgestaltung von Gebäuden für staatliche und städtische Anlagen, z. B. für Wege, Wasserleitungen, Kloaken, nicht weniger für die öffentliche Sicherheit und die Gesundheitspflege von Wichtigkeit werden kann. Jene Einschränkungen sind aber doppelter Art, theils formelle, theils materielle.

1. Formell bedarf es einer obrigkeitlichen Konzession zu jeder Einrichtung einer neuen Feuerstelle in Stadt und Land, ferner zu jedem Neubau in der Stadt, auch wenn derselbe nur eine Veränderung oder Wiederherstellung eines bestehenden Gebäudes bezweckt.[1][2] Wird der Bau ohne solche Genehmigung unternommen, so verfällt der Bauherr und Bauunternehmer in öffentliche Strafe,[3] auch kann der Bau von der Obrigkeit wieder beseitigt werden, wenn er nicht nach deren Anweisung verändert wird.[4]

2. Die Genehmigung ist dann zu verweigern, wenn der Bau zum Schaden und zur Unsicherheit des gemeinen Wesens oder zur Verunstaltung

---

17) Es entsteht hieraus ein subjektiv dinglicher Anspruch zu Gunsten des jeweiligen im Rayonkataster verzeichneten Grundeigenthümers, §. 36 des Gesetzes. In Folge dessen ist die Rente auch den Hypothekarien des Grundstücks mitverhaftet. Ueber das Recht auf Kapitalentschädigung vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. I. S. 193.

18) Es ist eben Sache des freien Beliebens des Fiskus, ob er dasjenige Recht geltend machen will, welches er kraft des Gesetzes erwarb. Unterläßt er dies, so liegt darin kein Rechtsgrund, den Grundeigenthümer zu einer Leistung zu nöthigen.

19) Reichsgesetz a. a. O. §. 36.

1) L. R. I, 8. §§. 67. 69.

2) Nach der Reichsgewerbeordnung §. 16 ff. ist auch die Genehmigung erfordert bei gewissen im Gesetze namentlich aufgeführten Anlagen zum Fabrik- und Gewerbebetrieb, welche die Nachbarn oder das Publikum besonders benachtheiligen, gefährden oder belästigen.

3) Strafgesetzbuch §. 367. n. 15.

4) L. R. I, 8. §. 71 ff. Die polizeiliche Genehmigung kann natürlich den Privatrechten Dritter nichts vergeben.

Digitized by Google

der Städte gereichen würde.[5] Es liegt hierin eine gesetzliche Einschränkung des Baurechts; im Fall der Verweigerung des Konsenses aus solchen Gründen kann daher eine Entschädigung nicht gefordert werden.

Der Baukonsens wird aber von der Polizeibehörde häufig aus anderen Gründen verweigert, namentlich deshalb, weil das zum Bau bestimmte Grundstück inskünftige einer neuen Straße oder einem öffentlichen Platze oder der Verbreiterung einer Straße oder eines Platzes dienen soll. In solchem Falle wird durch die Verweigerung des Baukonsenses nicht eine an sich bestehende Eigenthumsbeschränkung festgestellt, vielmehr eine Expropriation des Baurechts im Interesse des Allgemeinen verwirklicht.[6] Das Gesetz vom 2. Juli 1875 hat den hiernach grundsätzlich anzuerkennenden Entschädigungsanspruch der Eigenthümer der betroffnen Terrains[7] für den Fall der Festsetzung und Offenlegung eines s. g. Bebauungsplans erheblich eingeengt. Wenn nämlich Städte oder ländliche Ortschaften einen Plan für die Anlegung oder Veränderung einzelner Straßen oder Plätze oder eines größeren Komplexes von solchen im Voraus feststellen, so verlieren die Grundbesitzer mit dessen Offenlegung nach dem Gesetz das Baurecht über die Baufluchtlinie hinaus, es erhält ferner die Gemeinde das Recht zur Enteignung des in die Straßenflucht planmäßig fallenden Terrains. Entschädigung ist von den Gemeinden nur zu gewähren für die wirkliche Expropriation der Flächen, für das Niederlegen der in die Straßenflucht fallenden Gebäude, und außerdem dann, wenn die Fluchtlinie einer projektirten Straße ein unbebautes, aber zur Bebauung geeignetes Grundstück trifft, welches zur Zeit der Feststellung dieser Fluchtlinie an einer bereits bestehenden und für den öffentlichen Verkehr und den Anbau fertig gestellten andren Straße belegen ist, falls die Bebauung in der Fluchtlinie der neuen Straße erfolgt.[8]

Das Gesetz gestattet ferner den Erlaß von Ortsstatuten, welche die Errichtung von Gebäuden an noch nicht baupolizeilich fertig gestellten Straßen schlechthin verbieten, wie auch die Heranziehung der Anbauer zu Geldleistungen für die Herstellung der neuen Straße und für deren höchstens fünfjährige weitere Unterhaltung bestimmen.[9]

---

5) L. R. I, 8. §. 66 ff.

6) Als eine Expropriation wird namentlich angesehen die Verweigerung der polizeilichen Genehmigung zur Wiederbebauung einer Stelle, auf welcher bereits ein Gebäude ohne Uebertretung der Polizeivorschriften errichtet war, weil hier der Platz bereits einen Bauwerth hatte, der ihm entzogen wird. Präj. des O. Trib. 220, Entsch. Bd. 43 S. 23. Es gilt dies auch dann, wenn die Wiederbebauung auf einen Theil des frühern Hausgrundstücks beschränkt wird.

7) Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 49 S. 80 ff. Bd. 53 S. 31. Bd. 56 S. 19.

8) Gesetz vom 2. Juli 1875 §§. 11. 13. Entsch. des O. Trib. Bd. 80 S. 34.

9) Citirtes Gesetz §§. 12. 15.

Digitized by Google

Außerdem kann die Polizeibehörde den Baukonsens an die Beobachtung bau-, feuer- und gesundheitspolizeilicher Vorschriften knüpfen. Andre Bedingungen als diejenigen, welche im polizeilichen Interesse liegen, darf sie nicht stellen.[10]

3. Neue Ansiedlungen außerhalb des Zusammenhangs einer bebauten Ortschaft und außerhalb des gedachten Bebauungsplans bedürfen vor dem Baukonsens einer polizeilichen Ansiedlungsgenehmigung. Dieselbe ist zu versagen einmal von Amtswegen, wenn es der Ansiedlung an einem jederzeit zugänglichen Weg fehlt, es sei denn dessen Beschaffung sicher gestellt, dann auf Einspruch betheiligter Privaten, oder Gemeinde- oder Gutsvorsteher, falls durch Thatsachen begründet wird, daß die Ansiedlung den Schutz der land- oder forstwirthschaftlichen Nutzungen, sowie der Jagd oder Fischerei benachbarter Grundstücke gefährden würde.[11]

§. 219. Pflicht zur Erhaltung und Wiederherstellung von Gebäuden.

Die Abtragung von Gebäuden, welche an Straßen oder an öffentliche Plätze der Städte stoßen, bedarf der staatlichen Erlaubniß und kann polizeilich verhindert werden, wenn sie ohne solche geschieht.[1] Ebenso ist der Staat befugt, der Beschädigung oder Zerstörung von Denkmalen, welche Privaten gehören, wenn sie auf öffentlichen Orten errichtet sind, entgegenzutreten, was praktische Bedeutung namentlich für die in Kirchen und auf Kirchhöfen befindlichen Monumente[2] hat.

Insbesondere steht dem Stadtmagistrat, als Vertreter städtischer und staatlicher Interessen, und für den Fall seines Nichteinschreitens auch andern Behörden ein Zwangsrecht gegen den Grundeigenthümer zur Reparatur zerfallender und zur Wiederherstellung — durch Brand, andere Unglücksfälle,

---

10) In einem Bau-Erlaubnißschein war von der Polizeibehörde als Bedingung die unentgeltliche Abtretung von Land im allgemeinen Interesse gestellt worden. Als sich der Betheiligte später dieser unentgeltlichen Abtretung weigerte, nahm das Obertribunal an, daß er zu derselben nicht angehalten werden könne. Entscheidungen Bd. 41 S. 90.

11) Vgl. Gesetz vom 25. August 1876, betreffend die Vertheilung der öffentlichen Lasten und die Gründung neuer Ansiedlungen §. 13 ff. für die sechs östlichen Provinzen und für Westphalen, vgl. §. 25 des Gesetzes. Dies Gesetz ist den Ansiedlungen günstiger als frühere Gesetze, insbesondre das vom 3. Januar 1845 §. 25 ff. und das Gesetz vom 24. Mai 1853, wonach der Ansiedelnde auch nachweisen mußte, daß er hinlängliches Vermögen zur Ausführung des Baues und zur Einrichtung der Wirthschaft besaß. — Die Anlegung einer Kolonie bedarf der Genehmigung des Kreisausschusses. Gesetz vom 25. August 1876 §. 18 ff.

1) L. R. I, 8. §. 36.

2) L. R. I, 8. §. 35. cfr. l. 41. D. de a. r. d. 41, 1: statuas in civitate civium non esse, ... tuendi ergo cives erunt.

Digitized by Google

Alter — zerstörter Bauten in den Städten zu.[3] Ein solches Zwangsverfahren beginnt mit der Aufforderung an die Hauseigenthümer[4] zur Inangriffnahme des Baues innerhalb entsprechender Frist. Bleibt dies erfolglos, so ist die Obrigkeit befugt, den Bau auf deren Kosten ausführen zu lassen; können oder wollen dieselben die Kosten nicht vorschießen, so hat endlich die Obrigkeit das Recht — ohne vorgehende Klage und Verurtheilung —, beim Richter der belegenen Sache die Subhastation des baufälligen Grundstücks zu beantragen.[5] Die Wiederherstellung des Baus ist Bedingung des Zuschlags an den Käufer. Der außerdem erzielte Subhastationserlös aber ist nach Abzug der von der Obrigkeit bereits etwa gemachten Reparaturkosten den eingetragenen Gläubigern und nach deren Befriedigung dem bisherigen Eigenthümer auszuzahlen. Will Niemand, namentlich auch keiner der Hypothekarien, die Wiederherstellung des Gebäudes übernehmen, so ist es der Kämmereikasse des Ortes zuzuschlagen, welche es schuldenfrei Jedem überlassen kann, der sich zum Bau versteht. Doch haben die Hypothekarien und der Eigenthümer bis zu einer solchen Ueberlassung gegen Sicherstellung für die Bauausführung noch ein Wiedereinlösungsrecht gegen die Kämmereikasse. Ist aber die Wiederherstellung des Baus durch alle diese Mittel nicht zu bewirken, so hat der Magistrat denselben abtragen zu lassen.[6]

Es erhebt sich die Frage, ob die Erhaltung und Wiederherstellung von Gebäuden nur eine öffentlichrechtliche Pflicht ist, oder ob auch die Nachbarn, welche durch einen Einsturz bedroht werden, ein klagbares Privatrecht auf Vornahme der Reparatur haben. Nach römischem Rechte konnte bekanntlich der bedrohte Nachbar von dem Besitzer der baufälligen Anlage Schadloshaltung für den Fall ihres Einsturzes, die cautio damni infecti, fordern, und es verlor letztlich der Nachbar, welcher sich der Kautionsstellung weigerte,

---

3) L. R. I, 8. §. 37 ff. in sehr detaillirter Breite. Vgl. l. 46. D. de damno infecto 39, 2. l. 7. D. de off. praes. 1, 18. Tit. C. de aed. priv. 8, 10.

4) Ist das Haus im Miteigenthum, so ist die Aufforderung an sämmtliche Miteigenthümer zu richten. Striethorst Archiv Bd. 8 S. 358.

5) Aehnliches fand sich in römischen Stadtrechten l. 4. C. de iure reipublicae 11, 29: secundum legem civitatis res publica ruina collapsis aedificiis tuis distraxit aream.

6) Was von Gebäuden bestimmt wird, soll nach L. R. I, 8. §. 60 ff. auch für den Fall gelten, daß der Besitzer einer in die Steuerregister eingetragenen Rustikalstelle diese der Art verfallen läßt, daß die öffentlichen Abgaben nicht mehr entrichtet werden können, oder wenn er die nothwendigen Gebäude eingehen läßt. Es sollen hier die Rustikalgründe der Ortsobrigkeit zu anderweiter Besetzung oder Vertheilung anheimfallen. Wir nehmen an, daß diese Bestimmungen mit der alten Agrarverfassung, welche sich die Erhaltung der bestehenden bäuerlichen Stellen zum Ziele machte, weggefallen sind. Bleibt der Besitzer mit den Abgaben wirklich im Rückstand, so genügen die gewöhnlichen Exekutionsvorschriften. Anders Koch zu L. R. I, 8. §. 64. Dagegen Heydemann I, S. 415.

Digitized by Google

sein Eigenthumsrecht an der baufälligen Sache zu Gunsten des Antragstellers.[7] Das Landrecht hingegen erwähnt nirgends einen solchen Privatanspruch, da es wohl den obrigkeitlichen Schutz für ausreichend hielt. Da aber nach den allgemeinen Grundsätzen des preußischen Rechts der Eigenthümer verpflichtet ist, seine Gebäude dergestalt in baulichem Stand zu erhalten, daß durch deren Einfall oder Abfall kein Schade geschieht,[8] so wird er ersatzpflichtig, wenn er dies schuldhafterweise versäumte und der durch die Baufälligkeit des Nachbarhauses Bedrohte kann Vornahme der nöthigen Reparaturen fordern, zu diesem Zwecke Klage erheben, nach Umständen Sicherheitsstellung verlangen.[9]

§. 220. Nachbarrecht.[1] Allgemeine Grundsätze.

Bei seinem Schalten innerhalb der Raumsphäre seines Grundstücks ist dem Grundsatz nach der Eigenthümer nicht gehalten, die Interessen seiner Grundstücksnachbarn zu berücksichtigen.[2] Daher ist er an sich berechtigt, auf seinem Grund und Boden so nahe an die Grenze heran und so hoch zu bauen, als er es für gut findet,[3] wenn er auch hierdurch seinen Nachbarn Licht und Aussicht verbaut;[4] es ist ihm nicht verboten, durch Errichtung eines Brunnens oder andrer Anlagen innerhalb seines Gebiets dem Nachbargrundstück das Quellwasser zu entziehen.[5] Ebenso ist er ohne Zustimmung der Nachbarn zur Errichtung von Scheidewänden an der Grenze berechtigt,[6]

---

7) l. 7. pr. D. de damno infecto 39, 2.

8) Vgl. L. R. I, 6. §. 10 ff. Vgl. II, 20. §. 765.

9) Vgl. Gruchot Bd. 2 S. 70 ff. Es muß die Gefährdung eine gegenwärtige sein. Hiernach beantwortet sich die Frage, ob der Nachbar, in dessen Scheidemauer sich Mauerschwamm befindet, zum Bau einer neuen Mauer vom Nachbar gezwungen werden kann.

1) Von preußischen Schriftstellern vgl. u. A. Heydemann Einleitung I. S. 418 ff. Gruchot Bd. 6 S. 112 ff. Von gemeinrechtlichen Autoren siehe: Bekker Jahrbuch des gemeinen Rechts V. 10. Werenberg in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik VI. 1. Ihering daselbst VI. 2. Hesse daselbst VI. 9. Vangerow I. §. 297 ff. Windscheid I. §. 169. Auch Burckhardt bei Glück Bücher 39 und 40 der Pandekten, insbesondre 2. Theil die cautio damni infecti gehört hierher.

2) Eine Ausnahme tritt jedoch ein, wenn er zu dem Zweck handelte, um einen Andern zu schädigen. L. R. I, 8. §§. 27. 28. Vgl. oben §. 35 Anm. 2.

3) L. R. I, 8. §. 141.

4) l. 9. D. de serv. pr. urb. 8, 2. l. 26. D. de damno infecto 39, 2 ... quia non debet videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur.

5) L. R. I, 8. §. 130. l. 21. D. de aqua 39, 3. l. 1. §. 12. D. eod. l. 24. §. 12. D. de damno i. 39, 2. Die Anlegung eines Eisenbahntunnels macht hiernach privatrechtlich nicht verantwortlich für die indirekt sich ergebenden Aenderungen der Wasserläufe.

6) L. R. I, 8. §§. 149. 150. Letzterer Paragraph bestimmt freilich, daß die Scheidungen dem Nachbar in dem Gebrauch seines Eigenthums „nicht hinderlich sein

Digitized by Google

andrerseits der Regel nach auch bei städtischen Grundstücken und Gärten zur Anlegung solcher Umhegungen nicht verpflichtet.[7]

An der Grundstücksgrenze hingegen findet die Verfügungsmacht des Eigenthümers ihre Schranke, so daß er auf Grund seines Eigenthumsrechts nicht dazu befugt ist, mit seinen Anlagen die Grenze zu überschreiten oder jenseits derselben Handlungen vorzunehmen. Es dürfen z. B. Erker, Altane, Wetterdächer, Dachtraufen nicht über die Grenze ragen,[8] Grenzmauern nicht über dieselbe neigen,[9] Fenster und Läden sich nicht in den fremden Luftraum hinein öffnen, endlich Bäume mit ihren Wurzeln und Zweigen in den Nachbarraum nicht herüberwachsen.[10]

Gegen Grenzüberschreitungen kann dem Nachbarn Selbsthülfe Schutz gewähren. Das römische Recht gestand dieselbe jedoch nur zu gegen unbefugte *Handlungen* jenseits der Grenze. Ragte dagegen das Nachbarhaus mit seinen Vorsprüngen oder auch der Nachbarbaum über die Grenze, so war eigenmächtige Entfernung dem beeinträchtigten Nachbar um deswillen nicht verstattet, weil er hierdurch die Integrität des fremden Grundstücks, zu welchem Haus und Baum gehörten, angetastet und dasselbe schuldhaft beschä-

---

dürfen." Ist hiernach der Nachbar eines Ackerstücks die auf die Grenze gesetzte Mauer soweit zurückzuziehen verpflichtet, daß der Grenznachbar sein Grundstück bis unmittelbar an die Grenze zu bepflügen im Stande ist? Verneint bei Gruchot Bd. 10 S. 98. Striethorst 58 S. 260. Man wird in der That nach dem Zusammenhang von §. 149 und §. 150 nur ganz *ungewöhnliche* Behinderungen berücksichtigen können. Aeltere gemeinrechtliche Schriftsteller behaupteten zuweilen, daß man Aecker nur einzäunen dürfe, wenn man das Gartenrecht habe, Berger oec. iur. III. tit. 6. th. 4. n. 4.

7) So Plenarbeschluß vom 4. Juni 1860, Pr. 2713 — unter Aufhebung des auf L. R. I, 8. §. 162 und 167 gebauten Präjudizes 2081 — Entsch. Bd. 43 S. 1. Dies entspricht auch dem gemeinen Rechte. Die von manchen gemeinrechtlichen Schriftstellern behauptete Verpflichtung zur Einzäunung von Höfen und Gärten besteht nur lokal auf Grund von besondern Observanzen. Dagegen erkennt L. R. I, 8. §. 162 allerdings die Erhaltung bereits angelegter Scheidungen von städtischen Grundstücken und Gärten als eine dem Grundeigenthümer gegenüber dem städtischen Nachbargrundstück aufliegende Pflicht an, welche dadurch nicht erlischt, daß sein ursprüngliches Interesse bei Errichtung der Scheidung aufgehört hat. Präjudiz des Obertrib. 235. Striethorst Bd. 82 S. 252. Der Eigenthümer eines in der freien Feldflur belegnen Grundstücks hat eine derartige Verpflichtung gegen die angrenzende Hofstelle seines Nachbarn nicht. Entsch. des Obertribunals Bd. 81 S. 155. Vgl. noch oben §. 67 Anm. 11.

8) L. R. I, 8. §§. 123. 189.

9) l. 17. pr. D. si serv. vind. 8, 5 ist, insofern sie ein Ueberhängen der Scheidemauer bis zu einem halben Fuß durchaus ignorirt, schwerlich bei uns praktischen Rechts. Den Satz wird man aber aus dieser Entscheidung herleiten dürfen, daß unbedeutende, ohne Verschuldung des Nachbarn entstandne Grenzüberschreitungen, welche keinen in Geld schätzbaren Schaden begründen, nicht schlechthin Veranlassung zu einer a. negatoria geben, daß vielmehr in dieser Hinsicht ein vernünftiges Moderamen des Richters Platz greifen muß.

10) L. R. I, 9. §. 287.

Digitized by Google

digt hätte.[11] Es blieb ihm daher in Rom nur der Weg der Klage. Bei uns hingegen wird gemäß altgermanischer Grundsätze wenigstens bezüglich der Bäume nicht so unterschieden.[12] Vielmehr kann der Nachbar auch die überragenden Wurzeln und Zweige fremder Bäume eigenmächtig abhauen, wogegen ihm die Auslieferung des abgehauenen Holzes an den Eigenthümer des Baums obliegt.[13] Duldet er die Aeste, so hat er das Recht sich diejenigen Früchte anzueignen, welche der Eigenthümer des Baums nicht einsammeln kann, ohne den Grund des Nachbars zu berühren, nicht weniger kann sich der Letztere die auf seinen Boden überfallenden Früchte aneignen.[14] Außerdem ist anzunehmen, da das besondere Recht die Anwendung der allgemeinen Regel nicht ausschließen kann, daß dem Nachbar in solchen Fällen der Grenzüberschreitung auch die actio negatoria zusteht, mit welcher er die Freiheit seines Eigenthums zur Anerkennung bringt und Beseitigung des Eingriffs durch den Verklagten erlangt.[15]

---

11) l. 29. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9, 2. l. 6. §. 2. D. arbor. furt. caes. 47, 7. l. 17. pr. D. si serv. vind. 8, 5. l. 1. C. de interd. 8, 1.

12) Vgl. Paul Kayser das preußische Ueberhangs- und Ueberfallsrecht bei Gruchot Bd. 21 S. 69.

13) L. R. I, 9. §. 288 ff. Vgl. Sachsenspiegel II, 52. L. R. I, 9. §. 295 kann analog angewendet werden Kayser a. a. O. S. 83. Der Eigenthümer, welcher das abgehauene Holz in Anspruch nimmt, wird die Kosten des Abhauens als eine nothwendige Verwendung vergüten müssen. Andere Partikularrechte belassen den Nachbarn die abgehauenen Aeste oder wenigstens die Wurzeln. Gerber Pr. R. §. 91. Hesse Nachbarrecht S. 198 ff. S. 208.

14) Auch das s. g. Ueberfallsrecht ist bekanntlich dem deutschen Recht eigenthümlich. Vergl. östr. G. B. §. 422. Sächs. b. G. §. 363. Gerber P. R. §. 91. Anm. 8. Kraut Grundriß §. 77, insbesondre n. 10 ff. Vom übergefallnen Baum gilt das Ueberfallsrecht bei uns nicht mehr, L. R. I, 9. §. 293, wie dies ältere Landrechte bestimmten. Kraut a. a. O. n. 12 u. 13. Vgl. über die Rechtsverhältnisse des Weiteren L. R. I, 9. §. 295 ff.

15) Dagegen hat das O. Trib. im Präj. 2615, Entsch. Bd. 30 S. 431 ff. entschieden: der Eigenthümer eines Grundstücks, in dessen Lufträume die Zweige der seinem Nachbar gehörigen Bäume überhängen, ist nicht berechtigt, von dem Letzteren zu verlangen, daß er die überhängenden Zweige wegschaffe, der Nachbar ist vielmehr nur verpflichtet zu dulden, daß Jener den Ueberhang aus dem Bereiche seines Eigenthums entferne, alsdann aber auch befugt die Auslieferung des abgehauenen Holzes zu fordern. Uebereinstimmend ist Gruchot Bd. 2 S. 77 ff. Allein aus dem Umstande, daß das Landrecht I, 9. §. 288 nur das Recht des Nachbars hervorhebt, die überragenden Wurzeln und Zweige seinerseits abzuhauen, kann sicherlich nicht gefolgert werden, daß dem in der Freiheit seines Eigenthums Verletzten nicht auch die auf allgemeinen Grundsätzen ruhende Negatorienklage zustehe. Nimmt man, wie dies Viele thun, an, daß der Eigenthümer des Baumes das von seinem Nachbar Abgehauene heraus verlangen könne, ohne ihm für die Kosten des Abhauens und der Lagerung Vergütung leisten zu müssen, so wäre nach der Gegenansicht der Nachbar nicht selten fast rechtlos, da das Abhauen z. B. überragender Waldbäume Kosten verursachen kann, welche den Werth der Beschädigung durch deren Ueberwachsen übersteigen. Vergl. aber auch Anm. 9, wonach ganz unbedeutende Ueberschreitungen, welche ohne Betrieb des Nachbars geschehen, nicht mittels der a. negatoria zu verfolgen sind.

Digitized by Google

Besondere Schwierigkeiten bieten diejenigen Fälle, in welchen der Nachbar zwar seine Grenze nicht unmittelbar überschreitet, wohl aber innerhalb derselben durch Handlungen oder durch Unterlassungen Zustände schafft, welche auf die Nachbargrundstücke durch Vermittelung der Luft oder auch des Wassers schädlich einwirken. Wollte man hier an dem Grundsatze schlechthin festhalten, daß derjenige, welcher sich nur seines Rechtes bedient, für die hieraus entstehenden Folgen nicht verantwortlich werde, so stünde es in der Hand eines einzelnen Grundeigenthümers die Grundstücke seiner Nachbarn ringsum zu entwerthen und es wäre die Eröffnung eines socialen Kriegs zwischen den Grundbesitzern nahe gelegt. Um dies zu vermeiden, nahmen die Römer an, daß schädliche durch die Luft oder das Wasser vermittelte Immissionen nicht zulässig seien, wenn sie das gewöhnliche ortsübliche Maß überschritten,[16] so daß sich der Nachbar gegen sie durch die Negatorienklage schützen könne.[17]

Diese Grundsätze des römischen Rechts sind zwar in solcher Allgemeinheit in den preußischen Gesetzen nicht ausgesprochen, jedoch hat sie der Plenarbeschluß des Obertribunals vom 7. Juni 1852 für schädliche Immissionen im Wesentlichen aufgenommen.[18] Nach demselben ist namentlich der Inhaber einer Fabrik nicht befugt, durch Dampf, Rauch, erhitzte Luft oder mit schädlichen Substanzen erfüllte Wasser, welche seiner Anstalt entströmen, die Nachbargrundstücke zu beschädigen. Einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anstalt gegenüber kann allerdings nicht auf Einstellung des schadenbringenden Betriebs geklagt werden,[19] wohl aber ist Klage auf

16) Die Schriftsteller des gemeinen Rechts gehen überwiegend von der entgegengesetzten Grundanschauung aus, wonach der Eigenthümer an sich die Grenzen seines Rechts schon überschreitet, wenn er durch eine auf dem eignen Raume vorgenommene Thätigkeit auch nur mittelbar bewirkt, daß etwas in des Nachbars Luftraum kommt, was sich ohne menschliche Thätigkeit dort nicht fände. Dies hält z. B. Bekker l. c. S. 166 für ebenso unzulässig, als wenn der Hirt seine Schafe auf die fremde Weide treibt, und dem stimmt Windscheid I. §. 169 Anm. 6 bei. Hiernach wäre es eine Art von Legalservitut, daß ich in meinem Grundstück zu den Zwecken gewöhnlicher Benutzung und Bewirthschaftung Rauch, Staub erzeugen darf, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, daß er über die Grenze geweht werden kann! Uns scheint es das im Eigenthum liegende Recht zu sein, auf dem eignen Raume thätig zu sein, auch wenn mittelbar hieraus nachtheilige Folgen für die Nachbargrundstücke entstehen. Nur der extremen Geltendmachung dieser Befugniß steht das Recht des Nachbarn entgegen.

17) Hiernach war gestattet „fumum non gravem ex foco in suo facere," dagegen bedurfte es einer Servitut, um in balineis vaporibus cuniculum pergentem in Ursi Iulii instruere l. 8 §. 5—7. D. si serv. vind. 8, 5. Der Nachbar konnte ferner Wasser zum gewöhnlichen Lebensgebrauch verwenden, auch wenn des Nachbars Wand hierdurch feucht wurde, diese aber nicht beständig unter Wasser setzen. l. 19. pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2.

18) Präj. 2382. Entsch. Bd. 23 S. 252.

19) Dies bestimmt im Interesse der Industrie §. 26 der Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869 übereinstimmend mit der bisherigen Praxis der preußischen Gerichte.

Digitized by Google

Herstellung von Einrichtungen, welche die benachtheiligende Einwirkung ausschließen, oder wo solche Einrichtungen unthunlich oder mit einem gehörigen Betrieb des Gewerbes unvereinbar sind, auf Schadloshaltung zulässig. Die Verpflichtung zur Schadloshaltung wegen Immissionen erstreckt sich bei Fabrikanlagen in der Regel auch auf den in der Vergangenheit bewirkten Schaden, ohne daß es des Nachweises einer besondern Verschuldung des Verklagten bedarf, da derselbe verpflichtet war den Gebrauch der Anstalt so einzurichten, daß dadurch die Nachbarn nicht ungehörigerweise benachtheiligt wurden.[20]

Auch im Fall von Immissionen, welche nicht in einer Fabrikanlage ihren Grund haben, aber außergewöhnlicher und schädlicher Natur sind, ist der Grundeigenthümer zur Abstellung der Einwirkung oder zum Ersatz des Interesses bei der Nichtabstellung verbunden.[21] [22] Ob ihm Ersatz wegen des vor der Klaganstellung entstandnen Schadens in diesem Fall obliegt, hängt davon ab, ob er denselben voraussehen konnte und ihm daher eine besondere Schuld an derselben zugemessen werden kann.[23]

---

20) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 95 S. 5.

21) Es gehören hierher sehr verschiedne Fälle, z. B. von einer Miststätte aus dringt ätzende Jauche in das Nachbargrundstück oder dasselbe wird durch schädliche überfließende Sammelwasser verderbt. Ausdrücklich bestimmt L. R. I, 8. §. 129, Anlagen, durch welche vorhandne Brunnen verunreinigt oder unbrauchbar würden, seien unzulässig, es ist auch hier an außergewöhnliche Anlagen zu denken. — Auch die Adjacenten einer Eisenbahn haben Anspruch auf Erstattung des durch den Rauch und Dampf der vorbeifahrenden Lokomotiven entstehenden Schadens, was mit Unrecht ein Erkenntniß des Obertribunals Striethorst Bd. 7 S. 263 verneint hat. Selbst bloße Unterlassungen können in Betracht kommen, z. B. schädliche Miasmen erfüllen die Nachbargrundstücke in Folge der Nichtausschlämmung eines Teichs.

22) Die gemeinrechtlichen Schriftsteller streiten darüber, ob der Grundstücksnachbar auch wegen übler Gerüche, die vom Nachbargrundstücke herkommen, oder wegen ungewöhnlichen Lärms klagberechtigt sei. Dawider u. A. Spangenberg Archiv f. civ. Pr. Bd. 9 S. 270 ff. Hesse Nachbarrecht II. S. 36 ff., dafür Ihering Jahrb. Bd. 6. S. 111 ff. S. 121. 127. Windscheid I. §. 169. Anm. 20. Letzterer stützt sich für die Bejahung darauf, daß die Verbreitung des Geruchs mittels Ueberführung von gasförmigen Körpern, die Belästigung durch Lärm mittels der Schwingung von Schallwellen im nachbarlichen Luftraume geschehe. Wir schließen uns dem für ungewöhnliche Belästigungen an, und es stimmt hiermit auch eine Entscheidung des Obertribunals, welches die Anbringung von Luftlöchern, aus welchen sich ein ekelhafter Geruch über das Nachbargrundstück verbreitete, in einer Grenzmauer für unstatthaft erklärte: Rönne Erg. zu I, 8. §. 25. Doch wird gerade in Bezug auf Geruch und Lärm besonders viel auf die Lokalverhältnisse ankommen. Denn wenn z. B. die Errichtung einer übelriechende Dämpfe verbreitenden Fabrik im Mittelpunkt einer glänzenden Stadt als außerordentliche Belästigung den Nachbarn gerechten Grund zur Klage giebt, so kann in dem gleichen Etablissement, welches in einer entlegenen Industrievorstadt oder gar in einer beträchtlichen Entfernung von menschlichen Wohnungen errichtet ist, etwas Normales und von den Nachbarn zu Duldendes liegen. Einen öffentlich rechtlichen Schutz wegen ungewöhnlichen Lärms giebt die Gewerbeordnung von 1869 §. 27 den Kirchen und andern öffentlichen Gebäuden.

23) So hat das O. Trib. — Striethorst Bd. 95 S. 1 ff. — mit Recht in einem Fall entschieden, in welchem Luftzug, Insekten oder andere Ursachen Pilze von den im Garten eines Nachbarn vorhandnen Berberizensträuchern auf die mit Roggen

Digitized by Google

Richtiger Ansicht nach ist der Nachbar auch berechtigt, gegen außergewöhnliche Veranstaltungen, welche den Zusammenbruch seines Grundstücks offensichtlich veranlassen müssen, z. B. in Folge der Unterhöhlung durch einen Steinbruch, Einsprache zu thun und falls der Schaden bereits geschah, Ersatz zu fordern, wenn ihn der Urheber voraussehen mußte. Die Praxis hat dies bis jetzt aber nicht anerkannt, weil eine Immission Seitens des Verklagten nicht vorliegt.[24]

§. 221. Nachbarrecht. Positive Beschränkungen.

Die zahlreich bei uns bestehenden gesetzlichen Beschränkungen des Grundeigenthums zu Gunsten der Nachbargrundstücke stammen größtentheils aus dem ältern deutschen Recht, insbesondere aus den Gewohnheiten der deutschen Städte. Einst bei geringerem Grundwerth eine unbedeutende Belastung, welche man zu Gunsten des Nachbarn gern ertrug, sind sie in Folge des Steigens des Bodenwerths vielfach drückend und volkswirthschaftlich schädlich geworden.

1. In einer Reihe von Fällen ist ein gewisser Abstand unserer Anlagen von der Grenze des Nachbars oder Anlagen desselben gefordert.[1] So müssen Kloaken, Dünger- und Lohgruben und andere ätzende Flüssigkeiten verbreitende Anstalten, — auch temporäre Anhäufungen — drei rheinische[2] Fuß von den bei ihrer Errichtung vorhandenen nachbarlichen Gebäuden entfernt bleiben.[3 4] Erhöhungen und Erniedrigungen des Bodens — namentlich Gräben — dürfen nur drei Fuß entfernt von der Verzäunung oder Mauer des Nachbars angelegt werden.[5] Lebendige Hecken müssen anderthalb

bestellten Felder des Nachbars übertragen hatten, wodurch beschädigender Grasrost entstand, ein Schaden, welchen der Gartenbesitzer nicht vorhergesehen hatte.

24) Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 73 S. 31 ff.

1) Nicht ohne Einfluß war l. 13. D. fin. reg. 10, 1, wo der Jurist Gajus ein Gesetz des Solon über die nothwendige Distanz gewisser Anlagen und Anpflanzungen von der Grenze anführt. Doch hatte diese Anführung nicht den Zweck, das solonische Gesetz als allgemein bindende Rechtsnorm für Rom darzustellen, vielmehr nur dem Richter, welcher in Folge der actio finium regundorum zum Ziehen einer neuen Grenze genöthigt war, einen Wink darüber zu geben, wie er hierbei am zweckmäßigsten verfahren möge.

2) Der Fuß, welchen das Landrecht bei allen diesen Bestimmungen zu Grunde legt, ist der sogenannte rheinische. — Die Distanz ist von der innern Wand der Anlagen ab zu messen.

3) L. R. I, 8. §§. 125. 127. Schon vorhandene Anlagen dieser Art müssen hingegen nicht von später entstandenen Gebäuden oder Bäumen zurücktreten. Präj. des Obertribunals 2604. Entsch. Bd. 30 S. 27.

4) Außerdem müssen Gruben dieser Art, selbst, wenn sie sich weiter als drei Fuß vom Nachbargrundstück befinden, so ausgemauert werden, daß Immissionen nicht stattfinden können. L. R. I, 8. §. 126. Diese Pflicht gilt zugleich als eine öffentliche, polizeilich zu erzwingende.

5) L. R. I, 8. §. 185 ff.

Digitized by Google

Fuß von der Grenze,[6] im Boden laufende Rinnen und Kanäle zur Wasserabführung einen Fuß von der Nachbarwand zurückbleiben.[7] Feuergefährliche Oefen dürfen an einer Scheidewand nicht angelegt werden.[8]

Insbesondere aber sollen neu errichtete Gebäude von bereits vorhandenen Gebäuden drei Fuß, von unbebautem Geländ des Nachbars anderthalb Fuß zurücktreten, sofern diese Bestimmung nicht durch lokale Polizeiverordnungen außer Kraft gesetzt ist, was freilich in den Städten meist der Fall sein wird.[9]

2. Außerdem besteht ein besonderes Fensterrecht. Einem Fenster nämlich, welches seit zehn Jahren oder länger vorhanden ist, soll das bisher genossene Licht durch einen neuen Bau nicht völlig entzogen werden. Vielmehr muß jeder Neubau soweit zurücktreten, daß der Nachbar noch aus den ungeöffneten Fenstern des untern Stockwerks den Himmel erblicken kann, wenn das Behältniß, zu welchem sie gehören, nur durch sie Licht hat. Hat dasselbe noch von einer andern Seite Licht, so muß der Neubau nur soweit zurücktreten, daß man noch aus den ungeöffneten Fenstern des zweiten Stockwerks den Anblick des Himmels hat.[10]

---

6) L. R. I, 8. §. 174 ff. Vgl. auch L. R. I, 8. §. 124, wonach Spaliere fremde Wände nicht berühren sollen.

7) L. R. I, 8. §. 128.

8) L. R. I, 8. §. 133. Vgl. auch I, 8. §. 122.

9) L. R. I, 8. §§. 139. 140. Die Erinnerung an das legitimum spatium der Römer — den ambitus — liegt nahe. Einzelnes: 1. Ein „neues" Gebäude im Sinne des Gesetzes liegt dann nicht vor, wenn dasselbe nur dazu dient, ein anderes z. B. durch Feuer zerstörtes oder baufälliges Gebäude zu ersetzen. Ein Neubau ist es hingegen, wenn zwar bereits früher ein Gebäude an der Grenze gestanden hat, wenn aber nach dessen Beseitigung dem Platze eine andere Bestimmung gegeben war und wenn nunmehr in Folge eines neuen Willensentschlusses wieder an derselben Stelle ein Bau errichtet wird. Plenarbeschluß des O. Trib. vom 11. Mai 1846 Entsch. Bd. 13 S. 27 Präj. 1777 b. Insoweit ferner das neue Gebäude den Raum überschreitet, den ein früheres Gebäude einnahm, liegt ein Neubau vor: Präj. 2062, Entsch. Bd. 81 S. 21 ff. 2. Was unter einem „Gebäude" im Sinne dieses Gesetzes zu verstehen sei, ist sehr zweifelhaft. Ein Gebäude ist jedes nach den Regeln der Baukunst aufgeführte Werk zur Einschließung einer Grundstücksfläche. An sich auch wohl eine bloße Grenzmauer. Doch hat dies das Obertribunal im Präj. 2378 verneint und wird auch die Praxis von dieser Auffassung nicht leicht abgehen. Ein Bretterverschlag genügt also nicht. Abgesehen hiervon kann aber nicht füglich weiter zwischen Gebäuden unterschieden werden. Es gehören daher Wohnungen, Stallungen, Magazine hierher. Aber auch ummauerte Mistställen können kaum ausgeschlossen werden, wenn man konsequent sein will. Anders O. Trib. in Striethorst Archiv Bd. 48 S. 240. 3. Die Entfernung wird nur gemessen bis zur Fachwand selbst. Auf die Dachausladung ist der vorgeschriebene Abstand so wenig zu beziehen, wie auf die Fundamente des Baus, weil der Gebrauch des Lebens, welcher der Interpretation des Gesetzes zu Grunde zu legen ist, die Entfernung zweier Gebäude nach der Distanz ihrer Fachwände mißt. So denn auch neuere Entscheidungen des O. T. Bd. 36 S. 32 Präj. 2690. 4. Auf Bauten an öffentlichen Straßen ist §. 140 nicht anwendbar; hier treten L. R. I, 8. §. 66 ff. ein. Vgl. O. Trib. Bd. 71 S. 146.

10) L. R. I, 8. §§. 142. 143. Vgl. l. 11. pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2. l. 1. C. de serv. 3, 34, womit man l. 10. D. de serv. pr. urb. 8, 2. l. 30 D. de

Digitized by Google

3. In Folge eines — zahlreichen deutschen Partikularrechten gemeinsamen — Satzes kann der Nachbar fordern, daß Fenster und andere Oeffnungen, welche wir in einer unmittelbar an seinen Hof oder Garten stoßenden Wand anlegen wollen, wo es die Umstände gestatten, mindestens 6 Fuß über dem Boden des Behältnisses, in welchem sie sich befinden, angebracht und daß sie in allen Fällen vergittert werden.[11] Ferner dürfen auch neue

---

usufr. 7, 1 verband, indem man, allerdings unhistorisch, den letzteren Stellen eine über den nächsten Fall hinausgehende Bedeutung zuschrieb. — Das Fensterrecht ist nicht eine sogenannte Legalservitut, welche unmittelbar durch das Gesetz eintritt, vielmehr ein durch Zeitablauf erworbenes Recht. Der Erwerbsgrund liegt keineswegs, wie man dies häufig darstellt, z. B. Koch Kommentar zu L. R. I, 8. §. 142, in einer stillschweigenden Einwilligung des Nachbars. Denn was berechtigt uns eine solche anzunehmen, und zwar gerade nach zehn Jahren? Vielmehr hat hier das Gesetz eine anomale zehnjährige erwerbende Verjährung eingeführt, bei welcher allerdings von Titel und bona fides nicht die Rede ist. Unterbrochen wird diese Verjährung durch Verhinderung des Fenstergebrauchs in der Zwischenzeit, ferner durch Protestation. So auch O. Trib. in Striethorst Archiv Bd. 42 S. 234. Wird die Protestation in das Grundbuch eingetragen, so hemmt sie auch den Wiederanfang dieser Ersitzung. Im Einzelnen ist vieles streitig. 1. Welchen Behältnissen kommt das Fensterrecht zu? Wir würden dasselbe Räumen jeder Art, Zimmern, Speicherräumen, Treppen, Fluren zugestehen, da das Gesetz nicht unterscheidet. Das Obertribunal hat — Striethorst Archiv Bd. 37 S. 245 — Treppen und Hausfluren das Fensterrecht abgesprochen, da sie durch Lichtentziehung nicht völlig unbrauchbar würden und das Gesetz stritt auszulegen sei. Es ist dies willkürlich. 2. Die Bestimmung, daß man den Himmel müsse sehen können, würde an und für sich wohl so zu interpretiren sein, daß aus dem ungeöffneten Fenster ein mittelgroßer Mensch in ungezwungener Stellung den Himmel sehen kann, da das gewöhnliche Leben mit seinen Durchschnittsanforderungen zu Grunde zu legen ist. Ein Plenarbeschluß des O. Trib. vom 9. Dec. 1839 Entsch. Bd. 5 S. 166 ff. hat jedoch einschränkend bestimmt, daß es genüge, wenn dem Nachbar auf irgend eine Weise und in irgend einer Stellung möglich sei, aus dem ungeöffneten Fenster den Himmel zu sehen! 3. Man hat die Behauptung aufgestellt, daß ein Behältniß, welches nur durch eine Glasthür aus einem vorliegenden Zimmer Licht von anderer Seite erhalte, im Sinn des Gesetzes kein Licht habe. Dies ist unrichtig. Es genügt, daß der Raum die für seinen Gebrauch nöthige Helle von anderer Seite hat. Ob dasselbe unmittelbar aus einer an das Freie stoßenden Wand eingelassen wird oder aus einem Vorgemach, ist gleichgültig. 4. Sehr zweifelhaft ist, ob das Fensterrecht sich beschränkt, nur wenn im Behältnisse andere Fenster *vorhanden sind*, oder auch wenn die bloße *Möglichkeit* besteht, solche auf einer andern Seite anzulegen. Wir halten das Letztere für das Richtige, wie denn auch Suarez äußert, wenn der Nachbar sich noch auf andere Weise helfen kann, so darf eine bloße Unbequemlichkeit oder ein nicht sehr beträchtlicher Nachtheil desselben den Bauenden in dem freien Gebrauche seines Eigenthums nicht hindern. A. Anf. Koch Komm. zu L. R. I, 8. §. 143. O. Trib. Entsch. Bd. 80 S. 267. 5. Warum, wie Manche annehmen, z. B. bei Gruchot Bd. 4 S. 80, das Fensterrecht nur gegenüber Neubauten, nicht aber gegenüber Erhöhungen bestehender Gebäude eintreten sollte, ist unerfindlich. Für die Anwendung des Fensterrechts auch in diesem Fall das Pl. Beschl. des O. Tr. n. 1777 c. Entsch. Bd. 13 S. 27 ff. — 6. Es genügt ein s. g. Lichtschacht Entsch. Bd. 78 S. 16. 7. Darf der Nachbar unsere Fenster durch bloße Anhäufung von Materialien verdunkeln? Hierin läge ein unzulässiger Eingriff in das erworbene Lichtrecht. Umgekehrt hindern solche dauernde Anhäufungen vor den Fenstern während der Verjährungszeit den Erwerb des Fensterrechts richtiger Ansicht nach.

11) L. R. I, 8. §. 138. Heydemann I. S. 436 ff. Vgl. Gerber §. 87. n. 5. Beseler §. 93. Einzelnes: 1. Das Gesetz setzt eine unmittelbar an das Nachbargebiet

Digitized by Google

Thüren, welche unmittelbar auf des Nachbars Grundstück führen, wider dessen Willen nicht angelegt werden.[12]

4. Die ältere gemeinrechtliche Jurisprudenz erklärte Anlagen, welche den Windmühlen den Wind entziehen würden, für unzulässig, da diese obrigkeitlich konzessionirten gemeinnützigen Anstalten besondern Schutz zu verdienen schienen.[13] Das Landrecht, sich dem anschließend, verbot es, den Windmühlen durch Anpflanzung hoher Bäume den nöthigen Wind zu benehmen.[14] Hierdurch wollte man wohl nur den zweifelhaften Punkt hinsichtlich der Baumpflanzung erledigen, da man die Unstatthaftigkeit der Errichtung von Gebäuden als selbstverständlich voraussetzte. Die preußische Jurisprudenz hingegen hat die Bestimmung als singuläre Vorschrift behandelt und die Anwendung auf Gebäude verworfen.[15] [16] In Folge Einführung der

---

stoßende Wand voraus. Das Obertribunal nimmt dies bei der Singularität der Bestimmung wörtlich, so daß ein noch so geringer Abstand genügt, um der Anwendung derselben sich zu entziehen. Entsch. des O. Trib. Bd. 27 S. 42. Präj. 2471, vgl. auch Präj. 975. 2. Die Bestimmung bezieht sich nicht nur auf Fenster, welche den Einfall des Lichts bezwecken, sondern ebensosehr auf andere Oeffnungen, z. B. zu Verschaffung des Luftzugs. Dies ihrem Zwecke nach. Daß die Bestimmung unter dem Marginal steht „vom Licht und von der Aussicht," kann hiergegen nicht in Betracht kommen. 3. Was im Sinne des Gesetzes Hof und Garten sei, ist nicht leicht zu bestimmen. Unter Hof verstehen wir einen, dem Gemeingebrauch des Publikums nicht offenstehenden, zu wohnlichen und wirthschaftlichen Zwecken bestimmten Raum, befinde er sich nun bei einem Gebäude oder diene er selbständig dem Besitzer. Ein Garten ist ein mit Gewächsen bepflanztes, besonders umfriedetes Land, auch wenn es nicht Zubehör eines Gebäudes ist. Vergl. Gruchot Bd. 7 S. 381. Striethorst Archiv Bd. 24 S. 32. — 4. Der sechsfüßige Abstand des Fensters vom Zimmerboden ist nur erfordert, wenn die Höhe des Behältnisses einen solchen verstattet und wenn die so angebrachten Fenster eine vollständige Beleuchtung herbeiführen. Ulrich Archiv Bd. 10 S. 66 ff. 5. Die Vergitterung der Fenster hat auch da einzutreten, wo jener Abstand vom Boden nicht erfordert wird (§. 138 verb. „in allen Fällen"). Keineswegs aber kann sie in Fällen verlangt werden, in welchen vertragsmäßig „freie Aussicht" bewilligt wurde. 6. Die Einschränkungen finden keine Anwendung, wenn das neue Haus nur an die Stelle eines frühern trat, soweit dasselbe von dieser Beschränkung frei war. Dies auch, wenn die neuen Fenster größer sein sollten, als die alten.

12) L. R. I, 8. §. 148.

13) Man wendete die l. ult. §. 1. C. de servit. 3, 34, wonach der Nachbar der Dreschtenne des Nachbars den Luftzug nicht benehmen durfte, auf die Windmühlen an, mindestens wenn sie mit obrigkeitlicher Konzession errichtet waren. Pufendorf obs. IV. n. 32. Büllow und Hagemann Erört. Bd. IV. n. 2 S. 16. Dagegen die neueren Romanisten, siehe u. A. Bangerow I. §. 297 sub 6, was um so mehr Anklang finden mußte, als die besondere Begünstigung der Windmühlen unter den jetzigen Verhältnissen keinen rechten Grund mehr für sich hat.

14) L. R. II, 15. §. 247.

15) Plenarbeschluß vom 26. August 1839. Entsch. des O. T. Bd. 5 S. 67 ff. Auch die Störung durch einen Eisenbahnbetrieb in der Nähe kommt daher nicht in Betracht.

16) Dagegen ist durch Plenarbeschluß vom 2. April 1849, Entsch. Bd. 17 S. 36 — Präj. 2112 — entschieden worden, daß die Bestimmung nicht, wie ein früheres Erkenntniß, Präj. n. 847, erkannt hatte, bloß auf den Fall zu beziehen sei,

Digitized by Google

Gewerbefreiheit wurde durch ein Gesetz vom 18. November 1819 der landrechtliche Schutz für alle nach dessen Inkrafttreten entstandenen Windmühlen beseitigt.

5. Von manchen Schriftstellern wird das sogenannte Hammerschlagsrecht als gemeinrechtlich betrachtet, d. h. die Verpflichtung zu dulden, daß der Nachbar behufs Reparatur einer ihm gehörigen Anlage unser Grundstück betrete.[17] Im Landrecht ist dieses Recht nur in einer einzelnen Anwendung — in Bezug auf Reparatur der Planken — anerkannt.[18]

Die Geltendmachung aller dieser sogenannten Legalservituten ist Sache des Nachbars, zu dessen Gunsten sie gereichen. Ihm steht ihretwegen eine dingliche Klage zu. Auch dingliche Nutzungsberechtigte des herrschenden Grundstücks, wie Nießbraucher und Pächter und Miether, können diese Klage anstellen. Selbst der redliche vollständige Besitzer, z. B. ein Käufer, dem noch nicht aufgelassen ist, ist zu derselben berechtigt. Der Verzicht des Einspruchsberechtigten behindert ihn aber in der Geltendmachung der Einschränkung. Ein stillschweigender Verzicht liegt in dem Geschehenlassen der Anlage ohne Erhebung eines Widerspruchs.[19] Der Verzicht des Eigenthümers bindet auch alle diejenigen Personen, welche später das Grundstück oder Rechte an demselben erwerben.[20] Auch durch Verjährung kann das Recht erworben werden, eine der Legalservitut entgegenstehende Anlage zu haben,[21] sofern es

---

wo die Bäume bereits bei ihrer Anpflanzung der Windmühle den Wind benahmen, sondern auch auf den, in welchem dies durch ihr Heranwachsen geschah. In der That hätte die entgegengesetzte Auffassung die Bestimmung völlig illusorisch gemacht.

17) Buddäus im Rechtslexikon IV. S. 455. Dagegen u. A. Hesse Nachbarrecht II. S. 222.

18) L. R. I, 8. §. 155. Eine Verallgemeinerung ist nicht gerechtfertigt, da die Gewährung des Zutritts zur Befestigung der Planken eine bei weitem geringere Last bildet, als die Pflicht, die Aufstellung eines Baugerüstes und die Wiederherstellung des reparaturpflichtigen Nachbargebäudes von unserm Boden aus zu verstatten. Vgl. Gruchot Bd. 13. S. 571. So auch das O. Trib. Entsch. Bd. 60 S. 24. Striethorst Bd. 71 S. 351, a. Ansicht Koch zu §. 155. Heydemann I. S. 448. Zu gestatten ist also in der Regel das Betreten des Nachbargrundstücks zum Zweck der nothwendigen Reparatur nur, sofern die Voraussetzung einer nothwendigen Servitut nach L. R. I, 22. §. 3 vorliegen. Striethorst Bd. 97 S. 22 ff. — Es gehört hierher auch die Bestimmung des Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 §. 23.

19) L. R. I, 22. §. 43 ff.

20) Bedarf der Verzicht zur Rechtswirkung gegen Dritte der Eintragung oder wenigstens ihrer Kenntniß? Dies würde streng genommen zu behaupten sein. Denn der Verzicht begründet, genau betrachtet, eine Einschränkung des Eigenthumsrechts des Verzichtenden und fiele hiernach unter §. 11 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb. Jedoch wird man das aus dem Verzicht entstehende Recht des Nachbars als ein der Grundgerechtigkeit analoges auffassen, so daß es der Eintragung nach §. 12 Abs. 2 jenes Gesetzes nicht bedarf.

21) Vgl. L. R. I, 22. §. 50. Gruchot Bd. 7 S. 379.

Digitized by Google

sich nicht ausnahmsweise zugleich um ein auf dem öffentlichen Nutzen beruhendes Verbot handelt.[22]

III. Miteigenthum.[1]

§. 222. Einleitung.

Das Eigenthumsrecht an einer Sache kann Mehreren der Art zustehen, daß das Recht eines Jeden zwar seiner Anlage nach auf die Totalherrschaft über die ganze Sache gerichtet ist, sich jedoch durch die Konkurrenz zu einem bloßen Theilrechte gestaltet.[2] Dies Verhältniß wird vom Landrecht als gemeinschaftliches Eigenthum, in neuerer Zeit als Miteigenthum bezeichnet.

Den Römern galt eine solche Weise der Sachbeherrschung nur als ein Ausnahmezustand, welcher, durch vorübergehende Beziehungen hervorgerufen, möglichst bald in das ausschließliche Individualeigenthum auszulaufen hat. Es tritt dies insbesondere in dem römischen Satze hervor, daß ein die Theilung schlechthin ausschließender Vertrag unverbindlich ist.[3] Dagegen ist im deutschen Rechte das Miteigenthum sehr häufig nicht eine bloß vorübergehende, sondern die dauernde Weise der Benutzung der Sachgüter gewesen. Daher ist hier umgekehrt vielfach das Recht der einzelnen Genossen auf Theilung von Rechtswegen ausgeschlossen. Gerade diese Verschiedenheit der

---

22) Vgl. oben Anm. 4.

1) L. R. I, 17 §. 1 ff. Göppert Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum nach dem A. L. R., Halle 1864. Plathner Antheilsrechte bei Gruchot Bd. 22 S. 583. Gemeinrechtlich siehe u. A. Pagenstecher Eigenthum S. 23 ff., Girtanner in Iherings Jahrbüchern Bd. 3 S. 239 ff.

2) Diese Auffassung des Miteigenthums entspricht dem Begriff des Eigenthumsrechts, wie wir ihn oben §. 181 begründet haben. Das Miteigenthum kann eben nicht qualitativ von dem Alleineigenthum verschieden, vielmehr muß es begrifflich mit ihm identisch sein, wenn es auch durch das konkurrirende Recht der Genossen eigenthümlich beschränkt ist. Soweit die Konkurrenz der Miteigenthümer nicht eintritt, erfaßt das Recht eines Jeden die Sache vollständig. Dies ist im römischen Rechte durch den Satz anerkannt, daß der im Miteigenthum stehende Sklave dem Einen der Herren dasjenige ganz erwarb, was er dem Andern nicht erwerben konnte, l. 1 §. 4. l. 7 §. 1. l. 8. l. 9. D. de stip. serv. 45, 3, ferner rechtfertigte sich hieraus der Ausspruch Ulpians fragm. I, 18: communem servum unus ex dominis manumittendo partem suam amittit eaque accrescit socio. Aus dem entwickelten Principe erklärt sich ferner die Solidarhaft der Miteigenthümer eines Sklaven, welche bei der actio noxalis eintrat, l. 5. D. de nox. act. 9, 4. Girtanner Jahrb. für Dogmatik III, S. 262. Anders freilich Göppert Miteigenthum S. 45 ff. Eigenthümlich ist die Auffassung von Windscheid I, §. 169[a], nach welcher nur „der Werth der Sache zwischen den mehreren Eigenthümern getheilt sein soll," wogegen einzuwenden ist, daß der Werth einer Sache nichts Selbständiges, sondern nur eine Beziehung derselben ist. Auch erschöpft es das Verhältniß nicht, wenn Windscheid als getheilt bezeichnet „den wirthschaftlichen Nutzen der Sache."

3) l. 5. C. comm. divid. 3, 37. l. 14 §. 2. D. comm. divid. 10, 3. Eine Ausnahme enthält l. 19 §. 1. D. eod.

Digitized by Google

Grundanschauung in den beiden Rechten hat auch eine wesentlich abweichende Behandlung des Rechtsverhältnisses im Einzelnen bedingt.

Das römische Recht kennt nämlich nur Individualrechte der einzelnen Miteigenthümer, welche in möglichst unabhängiger Weise gestaltet sind. Es konnte Jeder der Miteigenthümer die Sache nach Maßgabe seines Theilrechts selbständig veräußern, zum Nießbrauch geben, verpachten, verpfänden, vindiciren, ohne daß die übrigen Miteigenthümer, deren Anrechte hierdurch nicht geschmälert wurden, dagegen zur Einsprache berechtigt waren.[4] Auch hatte Jeder ein selbständiges Recht auf die Benutzung der gemeinsamen Sache und zur Aneignung seiner Quote des Fruchtertrags.[5] Dagegen konnte Keiner einseitig der Art über die Sache verfügen, daß er zugleich in die Sphäre der Miteigenthümer eingriff,[6] was zur Folge hatte, daß keine die Rechte Aller betreffende Veränderung der gemeinsamen Sache ohne die Zustimmung aller Theilhaber möglich war.[7] Diese Behandlung des Verhältnisses hätte zur Desorganisation führen müssen, wenn nicht in Rom jeder Theilhaber in jedem Augenblick hätte Theilung fordern können. Vermöge dieses Rechts wurden alle Genossen stets vor die Alternative gestellt, sich über die entsprechenden gemeinsamen Maßregeln zu einigen oder die Auflösung der Gemeinschaft zu gewärtigen. Mit andern Worten: thatsächlich waren die Miteigenthümer, so lange die Gemeinschaft ihnen von Vortheil war, durch die Zulässigkeit der Theilungsklage genöthigt, sich von Fall zu Fall zu vertragen.

Der Anlage des deutschen Rechts entsprach es nicht, nur einen derartigen indirekten Zwang zur Verständigung auszuüben, anstatt unmittelbar für eine Ordnung der Verhältnisse Sorge zu tragen. Dies war aber gerade unumgänglich für die Fälle, in welchen die Gemeinschaft nach Gesetz oder bindendem Vertrag nicht einseitig aufgelöst werden konnte. Daher ist das deutsche Recht bestrebt, bei den Verhältnissen des Miteigenthums regelmäßig eine Vertretung der Gesammtheit in irgend einer Form aufzustellen.[8]

---

4) l. 1. C. comm. div. 3, 37. l. 3. l. 4. C. de communium rerum alienatione 4, 52. l. 1. C. si communis res pign. 8, 21.

5) l. 13. l. 19 §§. 1. 2. D. de serv. pr. urb. 8, 2. Unter Anderm konnte Jeder der Miteigenthümer eines Sklaven sich durch denselben — auch ohne Zustimmung der Andern — stipuliren lassen.

6) l. 28. D. comm. div. 10, 3 . . in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse. Eine Ausnahme tritt bei nothwendigen Reparaturen ein, l. 32. l. 35. D. de damno infecto 39, 2.

7) Auch wenn die Veränderung nützlich war. Doch sollte eine Anlage, die einmal ohne Zustimmung der Andern ausgeführt war, im Fall sie vortheilhaft war, nicht mehr zerstört werden, l. 26. D. de serv. pr. urb. 8, 2, worin eine Abweichung von der Konsequenz zu Gunsten des Nutzens lag.

8) Bekanntlich glauben viele Germanisten das Verhältniß des gemeinschaftlichen Eigenthums in seiner deutschrechtlichen Gestaltung mit dem besondern Namen „Gesammt-

Digitized by Google

§. 223. Die Rechtsstellung der Miteigenthümer.

Für die Gemeinschaft der Miteigenthümer bestehen bei uns je nach ihrer besondern Art und Entstehung sehr verschiedne konkrete Rechtssätze. Es sind z. B. die Verhältnisse der Erwerbsgesellschaften, bergmännischen Gewerkschaften, der Rhedereien, die aus Testamenten und Intestaterbschaften entspringenden Gemeinschaften, das aus der ehelichen Gütergemeinschaft entstehende Miteigenthum in abweichender Art geordnet. Unter Anderm ist hierbei von Gewicht, ob es sich um Miteigenthum an einem Gesammtvermögen, oder an einzelnen Sachen handelt. Nur soweit die besonderen Normen nicht eingreifen, tritt die abstrakte Theorie des Miteigenthums ein, welche das Landrecht aufstellt.

Hiernach sollen die Verfügungen über die Substanz der gemeinschaftlichen Sache oder die Art ihrer Verwaltung und Benutzung durch den Willen der Gesammtheit getroffen werden. Und zwar wird der Wille der Gesammtheit meistens durch Mehrheitsbeschlüsse festgestellt, wobei das Stimmenverhältniß nach der Größe der Antheile berechnet wird.[1] Der Mehrheitsbeschluß kann durch die Minderheit nicht aufgehalten werden, wenn er nur Veranstaltungen zur Erhaltung der gemeinsamen Sache betrifft, ferner dann, wenn die Theilhaber über die Nothwendigkeit einer Veränderung einig sind und die Minderheit nur hinsichtlich der Art ihrer Ausführung dissentirt.[2] In allen anderen Fällen ist die überstimmte Minderheit befugt, die Aufhebung der Gemeinschaft mit der Folge zu verlangen, daß bis zu beendeter Auseinandersetzung keine Veränderung vorgenommen werden darf. Ist die Minderheit überhaupt oder zeitweilig zum Antrage auf Theilung nicht berechtigt, so kann sie Entscheidung durch Richterspruch fordern, durch welche der Mehrheitsbeschluß aufrecht zu erhalten ist, wenn die angefochtene Verfügung der Gesammtheit vortheilhaft ist, und wenn auch der Minderheit durch dieselbe kein Nachtheil erwächst oder derselben doch Schadloshaltung gesichert wird.[3]

---

eigenthum" bezeichnen zu müssen." So Eichhorn Einl. §. 168. Beseler §. 83. Dagegen u. A. Gerber §. 77. Soll damit nichts anderes gesagt werden, als daß die römische Theorie, wonach der Konflikt der mehreren Eigenthümer durch die sogenannte intellektuelle Theilung und die Theilungsklage allein gelöst wird, für unser gemeinschaftliches Eigenthum nicht ausreicht, daß vielmehr ein Gesammtwille geschaffen wird, so ist der Begriff des Gesammteigenthums nicht unfundirt. Doch ist es vorzuziehen, da sich vielfach an diese Bezeichnung unklare Vorstellungen knüpfen, die Bezeichnung als Miteigenthum beizubehalten, und nur anzuerkennen, daß dasselbe bei uns eigenthümlich modificirt ist.

1) L. R. I, 17 §§. 12, 21 und 22. Bei Stimmengleichheit muß der Streit durch Kompromiß und, wenn sich die Parteien auch hierüber nicht einigen können, durch richterlichen Ausspruch entschieden werden. L. R. I, 17 §§. 23. 24.

2) L. R. I, 17 §§. 19. 20.

3) L. R. I, 17 §. 13 ff. Ob der Beschluß bereits ausgeführt ist, oder nicht, kommt übrigens nicht in Betracht.

Digitized by Google

Die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache geschieht der Regel nach durch alle Theilnehmer gemeinschaftlich, doch kann auf Grund bindender Mehrheitsbeschlüsse die Sache auch durch einen Administrator verwaltet oder für gemeinschaftliche Rechnung verpachtet werden. [4]

Da hiernach im preußischen Rechte für die Gesammtinteressen der Miteigenthümer ein Gesammtwille geschaffen wird, so nähert sich das Verhältniß dem der juristischen Person in einiger Hinsicht. [5]

Die Individualrechte der Miteigenthümer reichen soweit, als mit dem Bestande der Rechte der Theilhaber vereinbar ist. Ihr Gebiet wurde durch die Praxis des Obertribunals möglichst erweitert, so daß sie nunmehr das Ueberwiegende bilden. Sie bemessen sich auch bei uns nach Quoten, für deren Gleichheit die Vermuthung spricht, die aber auch von verschiedener Größe sein können. [6] Im Einzelnen treten die Individualrechte in Folgendem hervor:

1. Der Regel nach ist jeder Miteigenthümer auf den Besitz der gemeinsamen Sache zu seinem ideellen Theile berechtigt. Ist ein solcher Mitbesitz nach ideellen Theilen, wie dies bei Mobilien regelmäßig der Fall sein wird, nicht möglich, so hat Anspruch auf die ausschließliche Gewahrsam, wer den größten Theil an der Sache hat, und wenn die Theile gleich sind, der, für welchen das Loos entscheidet. [7]

2. Jeder Miteigenthümer hat ein seiner Quote entsprechendes Recht auf einen Theil der Nutzungen. Ob er dieselben aber selbst gewinnen oder ob er nur von der eingerichteten Verwaltung die Auszahlung des auf ihn fallenden Antheils fordern kann, hängt eben von der Art der Administration ab, welche beliebt ist. [8] Ist eine gemeinsame Verwaltung eingesetzt, so kann jeder Miteigenthümer auch Rechnungsablage fordern. Bei untheilbaren,

---

4) L. R. I, 17 §. 36 ff.

5) Allerdings meint u. A. Förster Bd. 3 §. 182 S. 251, es lägen hier nur einzelne Vorschriften praktischer Nützlichkeit vor und man müsse sich hüten, denselben gleich principielle Bedeutung beizulegen. Solche Vorschriften kennzeichneten sich in der Regel dadurch, daß sie nur auf einzelne Fälle und Fragen, nicht auf das ganze Rechtsinstitut sich bezögen, und dies sei hier der Fall. — Es soll nicht geleugnet werden, daß die praktische Nützlichkeit die Veranlassung zur Abweichung des preußischen vom römischen Rechte gab, aber sie führte eben zu einer neuen Konstruktion des Verhältnisses.

6) L. R. I, 17 §. 2.

7) L. R. I, 17 §§. 25. 26 ff., vgl. II, 4 §§. 19. 20. Verwandte Bestimmungen enthält l. 5. l. 6. D. fam. ercisc. 10, 2 über die Frage, bei welchem der Miterben die erbschaftlichen Schuldverschreibungen bleiben sollen.

8) L. R. I, 17 §. 44. Nach römischem Rechte hatte, wie bemerkt, jeder Theilhaber die Befugniß, sich den auf ihn entfallenden Theil der Früchte selbst anzueignen, was freilich auch von Fall zu Fall ein Einvernehmen der Theilhaber voraussetzt, wenn nicht Streit entstehen sollte, l. 25. pr. D. de usuris 22, 1: fructus, quos percepit, non maiore ex parte suos facit, quam ex qua praedii dominus est.

Digitized by Google

in Geld nicht umzusetzenden Nutzungen, z. B. bei einem gemeinsamen Rechte auf einen Kirchenstuhl, tritt Wechsel des Genusses unter den Theilhabern ein. Das Recht der Einzelnen auf die Nutzungen kann durch Mehrheitsbeschlüsse der Genossen nicht angetastet werden.

3. Jeder Einzelne hat ferner für sein Individualrecht Ansprüche auf Rechtsschutz. Und zwar kann er zweifelsohne für die ihm zukommende ideelle Quote des Besitzes durch possessorische und petitorische Rechtsmittel Schutz suchen. Er ist aber außerdem befugt, auf Grund seines besondern Interesses auch der Gemeinschaft untheilbar zukommende Gerechtsame zur Geltung zu bringen, und zwar selbst ohne Mitwirkung der Genossen. Insbesondere kann er konfessorisch und negatorisch klagen, z. B. zur Abwehr einer angemaßten Servitut oder zur Geltendmachung einer an die gemeinsame Sache geknüpften Gerechtigkeit.[9] Verklagt werden kann jeder Einzelne nur zu seinem besondern Theil.[10]

4. Jeder Miteigenthümer ist endlich regelmäßig befugt, seinen Antheil zu veräußern und zwar auch an Fremde.[11] Jedoch hat Jeder der Miteigenthümer[12] Fremden gegenüber das Vorkaufsrecht. Machen mehrere Genossen auf dasselbe Anspruch, so trifft unter ihnen der Ausscheidende die Wahl. Als ein gesetzliches Vorkaufsrecht wirkt dasselbe bei Grundstücken auch ohne Eintragung in das Grundbuch gegen Dritte.[13] Können und wollen die übrigen Interessenten auf die Theilung sofort antragen, oder vermögen sie einen aus der Person des Fremden für sie entstehenden Nachtheil nachzuweisen, so haben sie ein Einspruchsrecht gegen den Eintritt des Fremden, wenn die Gemeinschaft durch einen Vertrag entstand, der bloß die fragliche Sache zum Gegenstand hatte, oder auf Verordnung eines Dritten beruhte.[14]

Auch verpfänden kann jeder Miteigenthümer seine Quote, soweit er zur Veräußerung derselben an Fremde befugt ist. Desgleichen kann er die

9) Diese Ansicht hat das Obertribunal mehrfach angenommen Präj. 1050. Ulrichs Archiv Bd. 8 S. 124 ff. Striethorst Archiv Bd. 11 S. 58. Hiernach kann z. B. ein einzelner bei der Muthung eines Bergwerks Mitbetheiligter den Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigenthums gegenüber Dritten klagweise verfolgen. Eine entgegengesetzte Ansicht verlangt einen Mehrheitsbeschluß in Fällen, in denen es sich um das gemeinsame Recht selbst handelt.

10) Es ist z. B. selbstverständlich, daß bei einem Grundstücke, welches auf den Namen mehrerer Miteigenthümer eingetragen ist, das Mandat zur Zahlung der Hypothekenkapitalien an sämmtliche eingetragene Eigenthümer erlassen werden muß, wenn der Gläubiger das Grundstück in Anspruch nehmen will.

11) L. R. I, 17 §. 60 ff.

12) Dies auch wenn nur ein Miteigenthümer da ist, O. Trib. Entsch. Bd. 14 S. 260.

13) Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 §. 12. Jedoch ist hierbei vorausgesetzt, daß dessen Voraussetzung — das Miteigenthum — aus dem Grundbuche zu ersehen war, oder daß der Dritte die Beschränkung kannte, vgl. L. R. I, 20 §. 574. Turnau G. B. O. B. 1 S. 44.

14) L. R. I, 17 §. 66 ff.

Digitized by Google

Nutzungen seinen Gläubigern abtreten, wie sie auch mit Arrest belegt werden können.[15]

Jeder Theilhaber ist den Genossen wegen mäßigen Verschuldens haftbar.[16] Desgleichen ist jeder nach Verhältniß seines Antheils zur Tragung der Lasten und Erhaltungskosten verpflichtet. Er kann hierzu von demjenigen im Wege der Klage angehalten werden, welcher die Auslage berechtigterweise machte.[17] Im Fall der Nichtleistung seines Beitrags können die Theilhaber ferner Uebereignung seines Theilrechts gegen die gerichtliche Taxe fordern.[18] Der Verlust kann durch spätere vollständige Zahlung so lange abgewendet werden, bis der Zuschlag durch rechtskräftiges Erkenntniß erfolgt.[19]

§. 224. Die Theilung.

Jeder Miteigenthümer kann einseitig auf gerichtliche Theilung der gemeinschaftlichen Sache provociren, vorausgesetzt, daß ihm nicht besondere Rechtsnormen[1] oder verpflichtende Rechtsgeschäfte entgegenstehen. Immerwährende Ausschließung der Theilung ist aber weder durch einen Societätsvertrag, noch durch die Verordnung eines Erblassers zulässig. Auch durch Verjährung kann das Recht, Theilung zu verlangen, nicht ausgeschlossen werden.[2] Die Thei-

---

15) L. R. I, 17 §. 69. Die Befugniß, auf Rechnungslegung anzutragen, streitet freilich das Obertribunal dem Gläubiger ab Präj. 2408. Entsch. Bd. 24 S. 81 mit Bezugnahme auf L. R. I, 17 §§. 217. 218. Dies doch wohl mit Unrecht, denn die Nichtabtretbarkeit von Ansprüchen — hier auf Rechnungslegung — ist etwas Ausnahmsweises, was nicht ohne genügende Gründe anzunehmen ist. Vgl. Koch zu L. R. I, 17 §. 71.

16) L. R. I, 17 §. 58. Nach römischem Rechte haften sie nur für diligentia in suis rebus consueta l. 25 §. 16. D. fam. erc. 10, 2.

17) Nach römischem Rechte konnte dieser persönliche Anspruch nur mit der actio communi dividundo bei Gelegenheit der Theilung der Sache geltend gemacht werden. Später gab man jedoch ein utile communi dividundo iudicium wegen der gegenseitigen Leistungen auch in Fällen, in welchen eine Theilung der Sache nicht möglich oder nicht beabsichtigt war. l. 6 §. 1. l. 11. D. comm. div. 10, 3.

18) L. R. I, 17 §§. 46. 47. Verallgemeinerung, aber auch Milderung der auf Reparatur von Gebäuden bezüglichen l. 52 §. 10. D. pro socio 17, 2. Göppert l. c. S. 81.

19) Bornemann System Bd. 4 S. 10.

1) In einigen Fällen ist die Theilung ausgeschlossen, weil die Gemeinschaftlichkeit durch die wirthschaftlichen Verhältnisse nothwendig gefordert ist und daher als dauernd begründet gilt. So verhält es sich z. B. mit einem mehreren Nachbarhäusern zugehörigen Brunnen, welcher den Gebrauchswerth dieser Häuser wesentlich erhöht, ferner mit einer gemeinschaftlichen Einfahrt u. s. f. Vgl. Gruchot Bd. 12 S. 375. Ausgeschlossen ist auch die einseitige Provokation auf Theilung hinsichtlich des zwischen zwei Häusern belegenen Winkels L. R. I, 8 §. 120. Entsch. des O. T. Bd. 34 S. 142. Vgl. auch l. 19 §. 1. D. comm. dividundo 10, 3.

2) L. R. I, 17 §. 75 ff. — Wenn L. R. I, 17 §. 289 bestimmt, daß eine Verpflichtung, durch welche sich Jemand zur Fortsetzung einer Gesellschaft für beständig anheischig macht, unverbindlich sei, so läßt sich dieser für die Societät eingeführte

Digitized by Google

lung soll, auch wo sie nicht an sich verboten ist, auf den Zeitpunkt verschoben werden, wo sie ohne Schaden der Sache und mit der geringsten Benachtheiligung der Interessenten geschehen kann.[3]

Stets ist die Provokation auf Theilung gegen alle Theilhaber zu erheben. Würde der Antrag nur gegen einige Genossen gerichtet, so kann ihm richtiger Ansicht nach die Einrede der Mehrheit der Mitberechtigten entgegengestellt werden. Dies aus dem Grunde, weil sich kein Theilhaber wider Willen auf ein Verfahren einlassen muß, welches doch seinen Zweck, die Auseinandersetzung, nicht endgültig erledigen kann.[4]

Das Verfahren selbst ist wesentlich verschieden von der Weise der actio communi dividundo in Rom. Denn dort bewegte sich dasselbe in den Formen des Civilprocesses, so daß derselbe Richter einmal die streitigen Präjudicialpunkte entschied und darauf zweitens die Theilung nach seinem Ermessen vollzog. Bei uns ist das Verfahren als ein Akt freiwilliger Gerichtsbarkeit gedacht, nur über streitige Fragen befindet der Proceßrichter. Und zwar kann

a) jeder Theilhaber, welcher in authentischer Form einen urkundlichen Beweis über sein Miteigenthum beibringt, die Subhastation der gemeinsamen Sache beim Subhastationsrichter beantragen,[5] falls dieselbe subhastationsfähig ist. Ein processualisches Verfahren muß dem Antrage nicht vorhergegangen sein.[6] Der Miteigenthümer, gegen welchen solcher Gestalt die Subhastation in das Werk gesetzt wird, kann jedoch den Einwand, daß der Extrahent nicht Miteigenthümer, oder daß die Theilung der gemeinsamen Sache überhaupt oder zeitweise unzulässig sei, bis zum Schlusse des Versteigerungsprotokolls im

---

Satz nicht mit Koch zu L. R. I. 17 §. 75 auf alle Fälle des Miteigenthums übertragen. Ebenso ist es specielles Recht für die Miterben, daß das Verbot des Erlassers, seinen Nachlaß niemals zu theilen, unverbindlich ist, nicht aber das Verbot der Theilung bis zu einer gewissen Zeit oder bis zum Eintritt einer gewissen Bedingung L. R. I, 17 §§. 118 u. 121. — Durch Verjährung geht das Recht, auf Theilung anzutragen, nicht verloren nach L. R. I, 17 §. 77.

3) L. R. I, 17 §. 83 ff.

4) Gemeinrechtlich ist die Frage bestritten. Vgl. l. 8 pr. D. comm. div. 10, 3. l. 2 §. 4. D. fam. erc. 10, 2. l. 17. C. eod. 3, 36. Zimmermann Archiv f. c. Pr. Bd. 34 n. 9. n. 14.

5) Anders im römischen Rechte, wo das Ermessen des Theilungsrichters entschied, ob es zu solcher Licitation kommen solle. cfr. l. 3. C. communi dividundo 3, 37 .. ad licitationem nonnunquam etiam extraneo emtore admisso, maxime si se non sufficere ad iusta pretia alter ex sociis sua pecunia vincere vilius licitantem profiteatur.

6) Subhastationsordnung vom 15. März 1869 §§. 5. 112, Fortbildung von L. R. I, 17 §. 89 ff.

Digitized by Google

Subhastationstermine geltend machen, worauf denn die Streitfragen an den Proceßrichter zur vorgängigen Erledigung zu verweisen sind.[7]

Die Subhastation hat den Charakter einer nothwendigen gegenüber dem provocirten Miteigenthümer und den auf dessen Antheil besonders ruhenden Realrechten; die auf diesen Theil eingeschriebnen Hypotheken werden daher fällig und sind vom Subhastationsrichter aus den Kaufgeldern zu berichtigen. Die auf dem Grundstück im Ganzen und die auf dem Antheil des Provokanten lastenden Realrechte und Hypotheken bleiben dagegen unberührt und beschweren den Adjudikatar.[8] Der für die Miteigenthümer verbleibende Betrag der Kaufgelder ist unter dieselben vom Subhastationsrichter zu vertheilen, wenn über das Miteigenthum und die Höhe der hieraus sich ergebenden Ansprüche kein Streit besteht, andernfalls ist derselbe zu deponiren und es entscheidet der Proceßrichter.[9]

In Bezug auf solche Objekte, welche der Subhastation nicht unterliegen, ist ferner jeder Miteigenthümer befugt, die Vornahme einer Auktion zu verlangen.[10]

b) Wird auf Versteigerung nicht provocirt, so bildet die Naturaltheilung die Regel. Und zwar wird dieselbe durch die zweiten Abtheilungen der Kreis- und Stadtgerichte vorgenommen, welche den Theilungsreceß auf Grund der Anerkenntnisse der Parteien oder rechtskräftiger Urtheile anfertigen. Tritt keine andere Vereinbarung ein, so entscheidet das Loos über die Zuschlagung der vom Richter gelegten Antheile.

Im Fall einer Naturaltheilung stehen sich die Interessenten ähnlich wie bei einem Kaufe[11] gegenseitig für Entwährung ein.[12][13]

---

7) Subhastationsordnung vom 15. März 1869 §. 113 unter 2. Etwaige Geldansprüche der Theilhaber hingegen können die Subhastation nicht aufhalten. Solche Ansprüche sind vielmehr bei der Vertheilung der erlösten Kaufgelder zur Geltung zu bringen.

8) Subhastationsordnung §. 113 unter 1. Vgl. Jäckel Subhastationsordnung zu §. 113 über die Vertheilung der Kaufgelder.

9) Der Pfandgläubiger, welchem ein ideeller Theil einer Sache verpfändet ist, kann nach Pfandrecht nur den ihm verpfändeten Theil zur Subhastation bringen. Er ist aber auch befugt sich durch das Gericht ermächtigen zu lassen, das Recht seines Schuldners auszuüben, um die Sache theilungshalber zur Subhastation zu bringen. Wählt er diesen Weg, so treten nur die juristischen Folgen einer theilungshalber geschehenden Subhastation ein. Vgl. Subhastationsordnung vom 15. März 1869 §. 113.

10) L. R. I, 17 §§. 89. 90. Ist die Veräußerung an einen Fremden verboten, so tritt auch bei Immobilien keine Subhastation ein, vielmehr ist nach Vorschrift von L. R. I, 17 §. 94 ff. eine Versteigerung unter den Miteigenthümern vorzunehmen.

11) Vgl. auch Dernburg Pfandrecht II, S. 35 ff.

12) L. R. I, 17 §. 97 ff. Wird der Theil des Einen evincirt, befinden sich aber auch die Uebrigen in eadem evictionis causa, so ist der Anspruch auf Gewährleistung gegen diese zwar an sich begründet, jedoch haben dieselben, bis ihnen Sicherheit wegen der eignen Entwährung gestellt ist, das Recht, die schuldige Summe zu retiniren. Anderer Ansicht Koch zu L. R. I, 17 §. 97.

13) Hätte ein Dritter, insbesondere ein Testator, bindende Vorschriften über die Theilung gemacht, so tritt die Eviktionspflicht gleichwohl ein. Dagegen verhält

Digitized by Google

Das Eigenthum geht nach den Grundsätzen des preußischen Rechts nicht durch die richterliche Theilung über,[14] sowenig wie durch den Theilungsvertrag der Parteien, vielmehr ist der Uebergang des Eigenthums abgesehen vom Fall der Subhastation abhängig von der Besitzübertragung.[15] Es genügt auch schon die Dereliktion durch einen Miteigenthümer, damit dem Andern das Eigenthum der derelinquirten Quote anwachse.[16] Durch das neue Grundbuchrecht wird dies nicht geändert. Denn die Auflassung ist im Fall einer gerichtlichen Theilung unanwendbar, da sie nur für die freiwillige Veräußerung bestimmt ist; bei einer Privattheilung ist sie überflüssig, da ihre Wirkung durch die Dereliktion der Miteigenthümer ersetzt wird.

Privattheilungen können nur soweit, als Vergleiche, und richterliche Theilungen nur wie rechtskräftige Urtheilssprüche von den Parteien angefochten werden.[17]

IV. Erwerb des Eigenthums.

§. 225. Fähigkeit zum Erwerb.[1]

Der allgemeine Grundsatz des heutigen Rechts, wonach Jedermann[2] die persönliche Fähigkeit zum Erwerb des Eigenthums von Sachen jeder Art hat, leidet aus Rücksichten des öffentlichen Rechts einige Ausnahmen:

1. Im Interesse der Integrität des Beamtenstandes sind mehrere Beamte unfähig, ohne Erlaubniß ihrer Vorgesetzten gewisse Erwerbungen zu machen, bei welchen ein Mißbrauch ihrer amtlichen Stellung zu befürchten ist. Namentlich sind die Mitglieder der Provincialdomainenkammern von der Erwerbung der während ihrer Dienstzeit vom Staate veräußerten Domainen

---

es sich allerdings anders, wenn der Erblasser Einzelnen etwas im voraus zutheilen wollte, namentlich durch Prälegat. Hierüber spricht sich aus: L. R. I, 17 §§. 99—101. Vgl. l. 77 §. 8. D. de leg. II. Glück Bd. 11 S. 107 ff.

14) Anders nach römischem Recht vgl. Gaj. IV, §. 42.

15) L. R. I, 17 §. 103. Nur bestimmt L. R. I, 11 §. 573 für den Fall, daß die Auseinandersetzung mittelst des Looses erfolgt: sobald die Entscheidung durch das Loos geschehen ist, geht das Eigenthum der Sache auf den Gewinner über.

16) So Entsch. des O. Tr. Bd. 40 S. 125. Gegen ein solches Anwachsungsrecht freilich Göppert S. 46 ff. und S. 76. Aber außer den principiellen Gründen für die Existenz eines solchen Anwachsungsrechts vgl. auch l. 8. C. communia utriusque iudicii 3, 38. Si inter vos maiores annis viginti quinque rerum communium divisio relicta vel translata possessione finem accepit . . .

17) L. R. I, 17 §. 112 u. ff. Manche gemeinrechtliche Juristen wollen wenigstens bei Theilungsverträgen weiter gehen wegen l. 3. C. comm. utr. iud. 3, 38: maioribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri. Vgl. Glück Bd. 11 S. 92. Holzschuher Bd. 3 §. 309. 7.

1) L. R. I, 8 §. 6 ff. Heydemann Einl. I, S. 404 ff.

2) Insbesondere sind die auf dem Stand beruhenden Beschränkungen des älteren Rechts beseitigt seit dem Edikt vom 9. Oktober 1807 §. 1. Vgl. oben §. 46.

Digitized by Google

ausgeschlossen.[3] [4] Es ist ferner kein im Staatsdienste stehender Forstbeamter zum Erwerb von Grundstücken berechtigt, für welche in den zu seinem Bezirke gehörenden Forsten Rechte beansprucht werden, oder welche an diese Forsten grenzen.[5] Endlich können die Bergbeamten des Staates in ihrem Verwaltungsbezirke durch Muthung keine Bergwerke erwerben und sie bedürfen zu Erwerbungen von Bergwerksantheilen durch Rechtsgeschäfte anderer Art der Genehmigung des Handelsministers.[6]

Alle diese Beschränkungen hindern nur freiwillige Erwerbungen unter Lebenden.[7] Sie betreffen aber auch den Erwerb, welcher etwa durch dritte vorgeschobene Personen gemacht wird.[8] Das gegen das Verbot geschlossene Geschäft ist nichtig. Der Grundbuchrichter darf die Auflassung zu Gunsten der pflichtvergeßnen Beamten nicht vollziehen. Geschieht dies gleichwohl, so ist die Eintragung anfechtbar.[9]

2. Ausländische Korporationen und juristische Personen können Grundeigenthum nur nach vorgängiger königlicher Genehmigung erwerben. Bis diese Genehmigung ertheilt ist, sind auch die auf den Erwerb bezüglichen Verträge unverbindlich.[10] Auch bedürfen die

---

3) Schon nach römischem Recht war den Beamten verboten, innerhalb der von ihnen verwalteten Provinz Grundstücke oder auch andere nicht dem unmittelbaren Lebensgebrauch dienende Dinge anzukaufen bei Strafe der Konfiskation. Vgl. l. 62. pr. D. decontr. e mt. 18, l. l. 46 §. 2. D. de iure fisci 49, 14 und die sehr weit gehende l. un. C. de contractibus iudicum 1, 53.

4) K. O. vom 29. Februar 1812.

5) K. O. vom 5. September 1821.

6) Berggesetz vom 24. Juni 1865 §. 195. Es bezieht sich diese Bestimmung auf die Beamten erster Instanz und die der Oberbergämter, nicht auf die Ministerialbeamten, da diese keinen Verwaltungsbezirk haben. Achenbach Bergrecht I, S. 320.

7) Ausdrücklich freilich nur hervorgehoben im Berggesetze §. 195, aber auch in den andern Fällen sind nur Erwerbungen unter Lebenden gemeint. Auch passen die Vorschriften nicht auf gesetzlichen Erwerb, z. B. durch Heirath im Falle gesetzlicher Gütergemeinschaft.

8) Vgl. l. 46 §. 2. D. de iure fisci 49, 14. Das Berggesetz hebt im §. 195 noch besonders als verboten hervor den Erwerb durch Ehefrauen und Kinder unter väterlicher Gewalt, indem diese nach gesetzlicher Fiktion als vorgeschobene Personen gelten.

9) Die Bestimmung von L. R. II, 10 §. 27 ff., Verordnung vom 18. März 1811 §. 2, wonach Unterofficiere und Soldaten während des Dienstes ohne Genehmigung ihrer Regimentskommandeure Grundstücke auf lästigen Titel hin nicht erwerben konnten, ist aufgehoben durch Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 §. 42. Ferner ist durch Gesetz vom 28. Mai 1874 die Unfähigkeit von Ausländern zum Erwerb von Rittergütern ohne Genehmigung des Ministers des Innern beseitigt.

10) Gesetz vom 4. Mai 1846 über die Erwerbung von Grundeigenthum für Korporationen. Vgl. oben §. 55 Anm. 10. Das Verbot bezieht sich auch auf Korporationen und juristische Personen der Staaten des deutschen Reichs. Denn der Art. 3 der Reichsverfassung kommt nur den natürlichen Personen zu Gute. Für Handelsgesellschaften, Genossenschaften, Aktiengesellschaften, welche nach besondern gesetzlichen Normen als erwerbsfähig anerkannt sind, haben diese Bestimmungen keine Bedeutung.

Digitized by Google

Kirchengemeinden zum Erwerb von Grundeigenthum der Genehmigung der Staatsbehörden.[11]

3. Ganz speciell ist die in einigen Provinzen noch bestehende Vorschrift, daß Dorfgemeinden oder einzelne Klassen oder mehrere Mitglieder derselben Rittergüter ganz oder theilweise nur nach Genehmigung der Provinzialregierung erwerben können.[12]

§. 226. Die Erwerbsarten.[1]

Der Erwerb des Eigenthums vermittelt, da die überwiegende Menge der beherrschbaren Sachen bereits im Eigenthum steht, in der Mehrzahl der Fälle nur einen Wechsel der Person des Berechtigten. Da also mit dem Erwerb durch den Einen meist der Verlust des Andern Hand in Hand geht, so verbindet sich auch mit der Darstellung der Erwerbsarten des Eigenthums natürlicherweise die seines Verlustes.[2]

Vollzieht sich nun dieser Wechsel in Folge eines Willensentschlusses des bisherigen Eigenthümers, so spricht das Landrecht von einem *mittelbaren* Erwerb; es gehört hierher von Geschäften unter Lebenden Tradition und jetzt die Auflassung, außerdem der auf testamentarischer und vertragsmäßiger Erbfolge, wie der auf Vermächtnissen beruhende Erwerb. *Unmittelbar* ist hingegen jede Erwerbsart, welche sich nicht auf den Willen des bisherigen Eigenthümers gründet. Es gehören hierher einmal Erwerbsarten, welche zwar einen Wechsel des Eigenthums, jedoch unabhängig vom Willen des bisherigen Eigenthümers, herbeiführen, z. B. erwerbende Verjährung, Konfiskation, gütergemeinschaftliche Ehe, und die Intestaterbfolge. Eine zweite Klasse der unmittelbaren Erwerbsarten entsteht durch die Aneignung von herrenlosen oder als herrenlos angesehenen Objekten, z. B. Okkupation, Thierfang, Fundzuschlag, sowie von neu sich bildenden Gegenständen, z. B. Früchten, Alluvionen.[3]

Eine besondere Gruppe von Eigenthumserwerbsarten bilden die auf der *Regalität* beruhenden. Der Staat nimmt nämlich auf Grund von

---

11) L. R. II, 11 §. 194. Gesetz vom 3. Juni 1876 betr. die ev. Kirchenverfassung Art. 24 unter 1. Gesetz vom 7. Juni 1876 betr. die Aufsichtsrechte in den kath. Diöcesen §. 2 unter 1.

12) Die K. O. vom 25. Januar 1831, in den Kreisordnungsprovinzen aufgehoben durch die Kreisordnung vom 13. December 1872 §. 135, IX. 6, gilt noch in Westphalen, Posen und der Rheinprovinz.

1) Vgl. Windscheid I. §. 170.

2) Auch in den selteneren Fällen, in welchen, wie bei der Dereliktion, der Verlust zunächst zur Herrenlosigkeit führt, wird die Veränderung regelmäßig erst dann von Interesse, wenn die Frage auftaucht, ob ein Dritter an einer solchen Sache das Eigenthum erwerben kann. Vgl. übrigens auch oben §. 203 Anm. 5.

3) Vgl. L. R. I, 9 §§. 5. 6. Heydemann, Einl. I. S. 41.

Digitized by Google

Rechtssätzen, welche im öffentlichen Rechte wurzeln, gewisse geldwerthige Berechtigungen, insbesondere auch gewisse Arten des Erwerbs von Eigenthum als sogenannte Regalien für sich in Anspruch.[4] Jedoch hat er diesen Vorbehalt für sich nicht schlechthin festgehalten. Denn er giebt zu, daß Private auch solche Rechte durch Verleihung von ihm, ja nach preußischem Rechte selbst durch eine gewöhnliche Verjährung gegen den Fiskus erwerben können.[5] Diese Regalien gelten dem Privatbesitzer derart als ausschließend erworben, daß dem Staate das Recht der Mitausübung der Regel nach nicht zusteht.[6]

§. 227. Uebertragung des Eigenthums unter Zeitbestimmungen und Bedingungen.[1]

Das Eigenthum in seiner reinen Gestalt ist ein zeitlich unbeschränktes Recht; es erhält also durch Zeitbestimmungen und Bedingungen, wenn dieselben auch nicht für völlig unzulässig erklärt sind, eine regelwidrige Form. In unserm Rechte ist die Wirkung solcher Nebenbestimmungen theilweise verschieden, je nachdem sie Uebertragungsverträgen oder anderen Geschäften, z. B. Testamenten, zugefügt sind. Auch greift das Grundbuchrecht bei Grundstücken wesentlich ein.

1. Wird Eigenthum von einem *Anfangstermine* an verliehen, so hat der Erwerber bis zu dessen Herankommen nicht etwa ruhendes Eigenthum.[2] Vielmehr steht ihm zunächst nur eine Anwartschaft auf den Erwerb zu. Dieselbe erhält Dinglichkeit, wenn sie aus betagten Veräußerungsverträgen unter Lebenden entspringt, bei Mobilien durch deren Uebergabe, bei Grundstücken durch Eintragung im Grundbuche. Betagte Eigenthumszuwendungen durch andere Akte, insbesondere durch Testamente, bilden zwar ohne weiteres dingliche Anwartschaften; bei Grundstücken aber bedürfen auch

---

4) L. R. II, 14 §. 24 ff. Der Gegensatz der Regalien gegen andere Vermögensrechte des Staats — insbesondere die Domainen — liegt vorzugsweise darin, daß sie dem Staate als solchem nach einem Rechtssatze zustehen, sogenanntes *gemeines Eigenthum* desselben bilden, ihm also nicht durch besondere Rechtstitel erworben sind. Die neuere Rechtsentwickelung hat zwar manche ältere Regalien beseitigt, aber andere geschaffen, z. B. das Telegraphenregal. Nur ist das neuere Recht nicht mehr geneigt, eine Verleihung solcher Regalien an Private zuzulassen. — Vgl. auch Gerber P. R. §. 67.

5) L. R. II, 14 §. 35. Nach gemeinem Rechte findet nur unvordenkliche Verjährung statt. Vgl. Eichhorn Einl. §. 266 Anm. b.

6) L. R. II, 14 §. 32. Eichhorn Einl. §. 266 f.

1) Sintenis: Von der Revokabilität der Sachenrechte, in Lindes Zeitschrift Bd. 20 n. 2.

2) Ob das römische Recht in der klassischen Zeit Eigenthum kannte, welches ex die wirksam war, läßt sich mit Fug bezweifeln. Gegen die Zulässigkeit eines bedingten Vindikationslegats vgl. Seuffert das gesetzliche Veräußerungsverbot. München 1854 S. 6 ff. A. Ansicht Unger II. §. 83 Anm. 7.

Digitized by Google

diese zur Wirkung gegen dritte Erwerber, welche sie nicht kannten, der Eintragung.[3]

2. Die Zuwendung einer Sache unter einem Endtermin begründet ein regelrechtes Eigenthum nicht, da sich die Stellung eines solchen Eigenthümers vielmehr der eines Nießbrauchers nähert. Um deswillen hatte das klassische römische Recht die befristete Eigenthumsübertragung geradezu als widerspruchsvoll für nichtig erklärt, was natürlich die Geltung einer bloß persönlichen Verpflichtung des Erwerbers zur Rückübertragung der Sache von einem Termin ab nicht ausschloß; erst das justinianeische Recht erkannte befristete Schenkungen und Vermächtnisse an.[4]

Auch bei uns kann im Wege freiwilliger Veräußerung unter Lebenden befristetes Eigenthum nicht geschaffen werden. Nur einen Rückforderungsanspruch kann sich der Veräußerer vorbehalten, welcher bei Mobilien niemals dinglich wirkt,[5] bei Grundstücken durch Eintragung Dinglichkeit erhalten kann, sonst aber noch nach allgemeinen Grundsätzen Dritte im Fall ihrer Kenntniß verbindet.

Dieselben Grundsätze, wie für den Endtermin gelten für die Uebertragung unter einer Resolutivbedingung.[6]

3. Grundsätzlich verschieden ist das Verhältniß bei einer Uebertragung unter einer aufschiebenden Bedingung. Hier ergiebt der Ausfall der Bedingung, daß Eigenthum trotz der Besitzübertragung in Wahrheit niemals übergegangen ist. Folgerecht hat der Veräußerer, da er Eigenthümer geblieben ist, nachdem die Bedingung ausfiel, im römischen Rechte gegen Jedermann die Vindikation.

Das Landrecht hat diese Konsequenz beim Kauf — und dies müssen wir für jede freiwillige Veräußerung unter Lebenden als maßgebend ansehen — nicht übernommen. Vielmehr kann der bedingt Veräußernde die übergebene Sache von redlichen Dritten auch nach Ausfall der Bedingung nicht vindiciren.[7] Der Gedanke, welcher das Landrecht hierbei leitete, ist, daß von der Uebergabe an die aufschiebende Bedingung zu behandeln sei, wie eine auflösende, so daß nur ein persönlicher Rückforderungsanspruch entsteht, welcher bei Grundstücken durch Eintragung dinglich werden kann. Zudem ist — wie sich später ergeben wird — in Folge des Instituts der Auflassung eine freiwillige Eigenthumsübertragung von Grundstücken unter einer

---

3) §. 11 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb.

4) l. 2. C. de donat. quae sub modo 8, 55. l. 26. C. de legatis 6, 37.

5) Vgl. Sintenis l. c. Wächter II, §. 97 n. 2. Dagegen Unger II. §. 83 Anm. 27.

6) L. R. I, 11 §. 262 ff. Vgl. oben §. 90 Anm. 5. Ueber fideikommissarische Substitutionen siehe im Erbrecht.

7) L. R. I, 11 §. 264.

Digitized by Google

aufschiebenden Bedingung fortan überhaupt unmöglich geworden, vielmehr nur der Vermerk eines Rückanspruchs zulässig.

Außerhalb des Bereichs der freiwilligen Uebertragung unter Lebenden hat die aufschiebende Bedingung auch bei uns an sich dingliche Kraft. Handelt es sich jedoch um Grundstücke, so wirkt dieselbe gegen Dritte, welche sie nicht kannten, wiederum nur im Falle der Eintragung.

A. Unmittelbarer Erwerb.

§. 228. Privilegirtes Okkupationsrecht.[1]

Die eigenthumsfähigen herrenlosen Sachen werden durch Ergreifung des juristischen Besitzes — Okkupation — erworben.[2] Während aber nach römischem Rechte die Okkupation von herrenlosen Sachen — und zwar von Immobilien, wie Mobilien — Jedermann offenstand,[3] ist nach deutschem und preußischem Rechte die Befugniß zur Aneignung gerade der wichtigern herrenlosen Gegenstände bestimmten Personen vorbehalten. Namentlich nahm man seit Entwickelung der Lehre von der Regalität an, daß der Staat ein vorzügliches Okkupationsrecht an einer Reihe von herrenlosen Objekten habe.[4]

1. Insbesondere hat der Staat bei uns an herrenlosen Grundstücken das ausschließliche Okkupationsrecht,[5] [6] welches er jedoch als Regal auch Andern abtreten kann.[7] Doch steht das Recht des Staates regelmäßig hinter

---

1) Ueber das gemeinrechtliche Okkupationsrecht vgl. Pagenstecher II. S. 57 ff., Böcking II. §. 150, Windscheid I, §. 184.

2) Es genügen nicht auf die Okkupation zielende Absichten oder Veranstaltungen. Hat also A eine herrenlose Sache zuerst gesehen, B ist ihm durch Schnelligkeit in der Besitzergreifung zuvorgekommen, so erwirbt B das Eigenthum cf. Leyser med. sp. 439 m. 2. A. Ansicht Berger oec. jur. II. 2. th. 12. not. 1. Wer jedoch den Andern in seiner Freiheit einschränkt, um ihn an der Besitzergreifung zu hindern oder durch unerlaubte Handlungen in seinen zur Besitzergreifung gemachten Anstalten stört, soll nicht Eigenthümer durch die Okkupation werden L. R. I, 9 §§. 12. 13. Wird dies aber jener Behinderte? Es behauptet dies mit Unrecht Bornemann 1. Aufl. II. S. 15.

3) §. 12. J. de rer. div. 2, 1. 1. 30. §. 4. D. de a. r. d. 41, 1. Doch war auch bei den Römern den Feinden abgenommenes Territorium ager publicus und demnach kein Gegenstand der freien Okkupation l. 20. §. 1. D. de captivis 49, 15.

4) L. R. II, 16 §. 1—7.

5) Es gilt dies für solche Grundstücke, welche bisher in Niemandes Eigenthum standen, wie für derelinquirte. Hinsichtlich faktisch verlassener Grundstücke kann der Eigenthümer auf Betreiben des Fiskus gerichtlich zu einer Erklärung aufgefordert werden, ob er das Eigenthum aufgeben wolle. Im Falle der Nichterklärung wird das Grundstück dem Fiskus durch Erkenntniß zugeschlagen. L. R. II, 16 §. 8—16.

6) Es bezeichnet das Recht des Staats auf herrenlose Grundstücke als gemeines deutsches Privatrecht u. A. Eichhorn Einl. §. 286, dagegen Beseler §. 89. Gerber §. 90. Das freie Okkupationsrecht schließt aus code civ. art. 539. 713, Sächsisches Civilgesetzbuch §. 227. Anders im östr. Recht: Zeiller Komm. II. 166. Kirchstetter zu östr. C. G. B. §. 387.

7) Tritt der Staat sein Okkupationsrecht ab, so erwirbt der Berechtigte durch Okkupation auch ohne Eintragung, übereignet der Staat ein von ihm okkupirtes

Digitized by Google

dem Recht der Stadtgemeinden auf die in ihrer Feldmark liegenden Grundstücke, ferner auch hinter dem Rechte des Gutsherrn für den Bereich des Gutsbezirks zurück. [8]

2. Regal ist auch in mehreren Provinzen das Recht auf Gewinnung des Bernsteins. [9]

3. Das an deutschen Seeküsten weitverbreitete Strandrecht gewährte das Recht zur Aneignung gestrandeter Schiffe und Güter und zwar ursprünglich, selbst wenn der Schiffbrüchige bekannt war, ja es ergriff sogar dessen Person. [10] Hingegen bezieht es sich nach jetzigem Rechte [11] nur auf Objekte, welche herrenlos sind oder deren Eigenthümer nicht mehr ermittelt werden können. [12] Ermittelte Eigenthümer haben daher nur den sogenannten Bergelohn für die Mühe der Erhaltung der Waaren zu entrichten und die aufgelaufenen Kosten zu vergüten. [13] Das Strandrecht steht dem Staate zu. Es erstreckt sich auf die s. g. strandtriftigen Güter, d. h. die besitzlos gewordnen Objekte, welche von der See auf den Strand geworfen oder gegen denselben getrieben und vom Strand aus geborgen wurden. [14] Seetriftige Objekte hingegen, d. h. versunkne, vom Meeresgrund heraufgebrachte Schiffstrümmer und Güter, sowie in offner See treibende, von einem Fahrzeug aus geborgne Schiffe und sonstige Gegenstände sind, wenn der Eigenthümer nicht zu ermitteln ist, dem Berger obrigkeitlich zuzuweisen, falls er die rechtzeitige Anzeige des Fundes machte, andernfalls verfallen sie gewissen Unterstützungskassen zum Besten der Seeleute. [15]

Grundstück, so kann dies als freiwillige Veräußerung nur in der Form der Auflassung geschehen. Turnau G. B. O. Bd. 2 S. 318.

8) Hierüber entscheiden provinzielle und statutarische Bestimmungen. Allgemein wird anerkannt, daß Städte vermöge ihres Weichbildrechts ein Anrecht auf die herrenlosen Grundstücke in ihrer Feldmark haben. — Nach westpreußischem Provinzialrecht von 1844 §. 77 fallen herrenlose und verlassene Grundstücke innerhalb der Grenzen eines adligen Guts dem Gutsherrn anheim. In Schlesien gilt vielfach das Auenrecht, wonach die unbebauten Grundstücke der Dorfschaften präsumtiv dem Rittergut gehören.

9) In Westpreußen und den früheren westpreußischen Distrikten ist der am Strande und in der Ostsee gefischte, in Ostpreußen auch der im Lande gewinnbare Bernstein Regal. Westpr. Prov. R. §. 73—75, Gesetz vom 22. Februar 1867.

10) Vgl. bei Kraut Grundriß §. 77 n. 30 ff. citirte Stellen, P. G. O. Art. 218. Angeführt wird Schuback de iure litoris 1752.

11) Maßgebend ist die Strandungsordnung, Reichsgesetz vom 17. Mai 1874, vgl. L. R. II, 15 §. 80 ff.

12) Strandungsordnung §. 26 ff. Sofern sich ein genügender Anlaß hierzu findet, sind Vorverhandlungen zur Ermittlung des Berechtigten einzuleiten; sind dieselben nicht am Platz oder fruchtlos, so erfolgt ein Aufgebotsverfahren.

13) H. G. B. Art. 742 ff.

14) Strandungsordnung §§. 20. 35 Abs. 1 ff. Die Berechtigung von Privatbesitzern — vgl. Simon Rechtssprüche Bd. I S. 296 ff. — ist durch die Strandungsordnung aufgehoben nach §. 35 Abs. 4. Eine Entschädigung hierfür wurde in Preußen nicht bewilligt.

15) Strandungsordnung §§. 21. 35 Abs. 2 u. 3.

Digitized by Google

4. Besonders wichtige Arten des privilegirten Okkupationsrechts bilden das Jagdrecht und das Fischereirecht, d. h. das ausschließliche Recht der Okkupation von jagdbaren und von dem Fischereirecht unterworfnen Thieren innerhalb eines gewissen Raumgebietes. Hiervon ist im Folgenden zu handeln, das Bergrecht, welches auf demselben Gesichtspunkte beruht, ist später selbständig zu betrachten.

§. 229. Das Jagdrecht.[1]

Bis in die neueste Zeit bildete, wie dies seit dem Ausgange des Mittelalters die Regel in Deutschland war, das Jagdrecht nach der Mehrzahl der in dieser Lehre die Hauptquelle bildenden lokalen Ordnungen, und nach dem Landrechte auch in Preußen ein Regal, so daß dasselbe der Theorie nach an Private nur im Wege der Verleihung gelangen konnte. Doch hatte sich der älteste Rechtszustand,[2] wonach das Recht zur Jagd Zubehör der größeren Grundbesitzungen gewesen war, thatsächlich zum Theil erhalten und fand seine rechtliche Sanktion darin, daß man den Rittergütern und den Städten die niedere Jagd auch dann zugestand, wenn sie den Beweis besonderer Verleihung derselben nicht führen konnten.[3] Die geschichtlich überkommenen Berechtigungen hob aber mit einem Schlage auf das unter dem Einflusse bewegter Zeitströmungen erlassene Jagdgesetz vom 31. Oktober 1848. Dasselbe beseitigte das Jagdregal und sämmtliche Berechtigungen zur Jagd auf fremdem Boden, ohne Rücksicht auf deren etwaigen Erwerb durch lästigen Titel und ohne daß es dafür eine Entschädigung gewährte. Dagegen übertrug es das Jagdrecht den Grundeigenthümern und erklärte für die Zukunft eine dauernde Trennung des Jagdrechts vom Grund und Boden für nichtig. Da jedoch die Selbstausübung der Jagd auf kleinen, offenen Grundstücken zu Revierüberschreitungen und zur Jagdverwüstung führt, ferner der Jagdbetrieb durch kleinere Besitzer ihren wirthschaftlichen Interessen meist nachtheilig ist und der öffentlichen Sicherheit gefährlich werden kann, so hat das Jagdpolizeigesetz vom 7. März 1850 die Selbstausübung der Jagd durch die Eigenthümer an einen räumlich festumschlossenen oder doch größeren Besitz geknüpft.

1. Welche Thiere sind jagdbar und also dem Okkupationsrechte der Grundbesitzer vorbehalten? Hierüber entscheiden die Normen, nach denen

---

1) Heydemann II. S. 20 ff. Ulrich Archiv Bd. 15 S. 566. Ueber gemeines Recht vgl. Eichhorn Einl. §. 284. Gerber §. 92. Beseler §§. 89. 196. v. Brünneck das heutige deutsche Jagdrecht im Archiv f. civ. Pr. Bd. 48 S. 80 ff. und in Gruchot Beitr. Bd. 16 S. 182 ff. Wächter über das Jagdrecht und die Jagdvergehen, Leipziger Programme von 1868 u. 1869.

2) Kraut Grundriß §. 87.

3) Edikt vom 18. Januar 1681 C. C. M. IV. 1 S. 795. L. R. II, 16 §. 40. Vgl. Eichhorn Rechtsgesch. §. 548.

Digitized by Google

sich früher der Umfang der Regalität richtete. Es sind also zunächst maßgebend die lokalen und provinziellen Bestimmungen. In deren Ermangelung rechnet das Landrecht zu den jagdbaren Thieren dasjenige vierfüßige Wild und das Geflügel, welches zur Speise gebraucht zu werden pflegt.[4]

2. Der Jagdberechtigte hat nicht etwa Eigenthum an den in seinem Reviere sich herumtreibenden jagdbaren Thiere. Diese Thiere sind vielmehr, wie nach römischem Rechte, im Zustande ihrer natürlichen Freiheit herrenlos bis zu ihrer Besitzergreifung,[5] welche mittelst Erlegen, oder durch Mitnehmen des Fallwildes, aber auch durch Unterbringen des Wildes in umzäunten Gehegen geschehen kann. Der Unterschied vom römischen Rechte liegt also nur darin, daß nach diesem ein Jeder die wilden Thiere durch Okkupation in sein Eigenthum bringen konnte,[6] während nach unserm Rechte nur der Jagdberechtigte zu einer Okkupation der jagdbaren Thiere befugt ist.

Unberechtigte, welche wissentlich in fremden Jagdrevieren jagen, verfallen in öffentliche Strafe.[7] Es ist auch der Wilderer nicht im Stande, durch sein Delikt Eigenthum am erbeuteten Wilde zu erwerben, und ebensowenig sind solche Dritte dazu befähigt, welche das Wild vom Wilderer in Kenntniß der Jagdfrevels erhielten. Man hat vielmehr dem Jagdberechtigten, so lange das Wild in den Händen solcher Personen ist, ein ausschließliches Aneignungsrecht an demselben zuzuerkennen, wie wenn es sich noch auf seinem Jagdrevier befände.[8]

---

4) L. R. II, 16 §. 32. Vgl. Entsch. des O. T. Bd. 34 S. 355.

5) L. R. II, 16 §. 30. Unbefugte Aneignung von Wild im fremden Revier ist daher, ehe dasselbe von Jagdberechtigten apprehendirt war, kein Diebstahl.

6) Doch konnte auch nach römischem Rechte der Grundbesitzer einem jeden Dritten das Betreten seines Bodens verbieten, fremde Jagdlustige daher durch seine Leute ausweisen lassen, etwa auch, wenn sie sich wissentlich gegen Verbot eindrängten, die actio iniuriarum oder das interdictum uti possidetis gegen sie anstellen. Daher erscheint schon nach römischem Rechte die Jagd in erster Linie — als Nutzung eines Grundstücks. l. 26 D. de usuris 22, 1, l. 62 pr. D. de usufr. 7, 1.

7) Deutsches Strafgesetzbuch §§. 292—295. Vgl. §. 368 n. 10. Die Verfolgung der Uebertretung des §. 292 tritt nur auf Antrag ein. Wie weit das Gleiche im Falle des §. 293 zu gelten hätte, ist hier nicht zu entscheiden.

8) Der Jagdberechtigte kann zum Zwecke einer solchen Aneignung je nach Umständen den Weg der Selbsthülfe einschlagen oder die richterliche Beschlagnahme bewirken. Weiter gehen manche neuere Schriftsteller, z. B. Schütze in Bekkers und Muthers Jahrbuch Bd. 6 S. 61 ff. und v. Brünneck das heutige deutsche Jagdrecht und der Eigenthumserwerb an widerrechtlich erlegtem Wild, Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 48 S. 80 ff., welche den Wilderer als unfreiwilligen Repräsentanten des Jagdberechtigten ansehen, so daß dieser unmittelbar zum Eigenthümer des Gewilderten werde. Die Idee unfreiwilliger Repräsentation ist jedoch gezwungen. Gerber §. 93. Anm. 1 ist der hier vertheidigten Ansicht, wonach durch die Okkupation des Wilderers weder dieser, noch der Jagdberechtigte Eigenthum erhält. Nur darin weicht er ab, daß er annimmt, das Recht des Letzteren falle in Folge dessen praktisch bloß mit einer Forderung auf Auslieferung des erlegten Thieres oder Ersatz seines Werthes zusammen. Vgl. Ihering Jahrb. Bd. 10 S. 472. Ueber die Litteratur der Frage vgl. noch Windscheid I. §. 184 Anm. 5b.

Digitized by Google

3. Der Selbstbetrieb der Jagd steht nach dem Jagdpolizeigesetze nur den Eigenthümern — und zwar höchstens drei Miteigenthümern — von mindestens 300 Morgen Land in zusammenhängender Lage, oder von dauernd und vollständig eingefriedeten Ländereien, oder von Inseln, die ein Besitzthum bilden, oder von Seen und fischbaren Teichen zu. Auch die Verpachtung ist solchen Grundbesitzern gestattet, wodurch nach den Grundsätzen des preußischen Rechts für die Pächter von der Besitzergreifung an ein dingliches Recht entsteht.[9] Die kleineren Grundstücke werden, und zwar in der Regel gemeindeweise, zu Jagdbezirken vereinigt und deren Eigenthümer in den Jagdangelegenheiten von den betreffenden Gemeindebehörden vertreten.[10] Diese Behörden haben darüber zu beschließen, ob die Jagd ruhen oder durch einen Jäger von Fach beschossen oder an höchstens drei Personen gemeinschaftlich auf mindestens drei Jahre und höchstens zwölf Jahre verpachtet werden soll. Der Ertrag wird verhältnißmäßig unter die Grundbesitzer vertheilt. Besitzer von isolirt gelegenen Höfen können sich mit ihren Grundstücken, welche nicht im Gemenge liegen, von dem Jagdbezirke ausschließen und die Jagd ruhen lassen.[11]

---

9) Auf wie lange Zeit solche Verpachtungen zulässig sind, kann zweifelhaft sein. Doch wird man nach Analogie von §. 10 des Gesetzes vom 7. März 1850 die Zeit von 12 Jahren als Maximum anzusehen haben. Die Jagdverpachtung darf stets nur an höchstens drei Personen geschehen.

10) Vgl. v. Brünneck die Jagdgenossenschaften. Halle 1867. Die Jagdgenossenschaften sind besondere juristische Personen, welche von Rechtswegen ihre Vertretung in den Gemeindebehörden finden. Zur Jagdgenossenschaft gehören die Besitzer aller Gemeindegrundstücke, welche zur eignen Ausübung der Jagd nicht berechtigt sind. Außerhalb des Gemeindeverbandes stehende Parcellen können nur in Folge einer Uebereinkunft zugeschlagen werden. Es gilt dies auch für im Gemenge liegende Parcellen, z. B. eines dismembrirten Ritterguts, welche noch einen selbständigen Gutsbezirk bilden. Ein Gut, welches durch Ankäufe und dergleichen 300 Morgen erreicht, scheidet aus, ohne daß es einer darauf gerichteten besondern Willenserklärung bedarf, natürlich unbeschadet der bereits gültig von der gemeinsamen Vertretung früher abgeschlossenen Verträge. Entsch. des Obertrib. Bd. 77 S. 129. Vgl. noch v. Brünneck: Kann die nur einem Besitzer gehörige Feldmark eines Gemeinde- oder Gutsbezirks einen selbständigen Jagdbezirk bilden? bei Gruchot Bd. 12 S. 550 ff. — Die Gemeindebehörden — Schulzen und Schöppen — sind beim Abschluß von Verträgen nach den Grundsätzen der Landgemeindeordnungen, vgl. oben §. 53 Anm. 1, an die Einholung eines Gemeindebeschlusses gebunden, Entsch. des Obertrib. Bd. 68 S. 95. In Westphalen gebührt die Vertretung der Jagdgenossenschaft den Einzelgemeinden beziehungsweise deren Vorstehern, nicht den Sammtgemeinden und dem an ihrer Spitze stehenden Amtmann, Striethorst Bd. 67 S. 305. Die Jagdbezirksinteressenten sind befugt, von den Gemeindebehörden für die Zeit ihrer Verwaltung die Legung einer Rechnung zu verlangen, jedoch nur an die Gesammtheit der Mitglieder der Genossenschaft. Striethorst Bd. 95 S. 116.

11) Gesetz vom 7. März 1850 §. 5. Vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 71 S. 284. Grundstücke, welche von einem über 3000 Morgen umfassenden, eine einzige Besitzung bildenden Walde ganz oder größtentheils eingeschlossen sind, unterliegen einem Specialrecht. Auf Verlangen des Waldeigenthümers ist nämlich der Besitzer verpflichtet, nach seiner Wahl entweder die Jagd ruhen zu lassen oder sie dem Waldeigen-

Digitized by Google

4. Der Jagdberechtigte hat die Schonzeit des Wildes zu beachten,[12] und sich der Regel nach mit einem polizeilich ausgefertigten Jagdschein zu versehen,[13] doch hat die Nichtberücksichtigung dieser polizeilichen Vorschriften zwar Polizeistrafe zur Folge, aber keinen Einfluß auf das Privatrecht.

5. Das — uralte — Recht der Jagdfolge, vermöge dessen der Jäger das in dem eignen Revier angeschossene Wild in dem fremden weiter verfolgen konnte,[14] ist durch das Gesetz vom 31. Oktober 1848 aufgehoben worden.

Ein gesetzlicher Anspruch der Grundeigenthümer wegen des durch das Wild auf ihren Feldern verursachten Schadens findet nach dem jetzigen Jagdrechte nicht mehr statt. Die Jagdverpächter können indessen in den Jagdpachtkontrakten natürlich vorsorgliche Bestimmungen treffen. Auch darf auf gemeinschaftlichen Jagdbezirken, auf welchen Wildschäden vorkommen, die Gemeindebehörde, wenn auch nur ein einzelner Grundbesitzer Widerspruch erhebt, die Jagd nicht ruhen lassen. Endlich bestehen besondere Vorschriften wegen des Wegschießens von Wild, welches in der Nähe der Forsten belegene Grundstücke durch Uebertreten aus der Forst erheblich schädigt.[15]

§. 230. Das Fischereirecht.[1]

Nur die Meer- und Küstenfischerei,[2] z. B. der Walfisch-, Herings-, Sardellenfang steht Jedermann frei;[3] die Binnenfischerei, d. h. die Fischerei in den übrigen Gewässern bis zu dem Punkt, wo die Küstenfischerei beginnt, ist nicht frei.[4] Zur Fischerei gehört außer dem Fang von Fischen auch der

---

thümer gegen eine nach dem Ertrage zu bemessende Entschädigung zu verpachten. Jagdpolizeigesetz vom 7. März 1850 §. 7.

12) Gesetz vom 26. Februar 1870 über die Schonzeiten des Wildes.

13) Jagdpolizeigesetz vom 7. März 1850 §§. 14. 15. 23. 24.

14) L. R. I, 9 §. 130 ff. Vgl. Sachsenspiegel II. 61. §. 4. Gerber §. 93. Anm. 2. Beseler §. 196. Anm. 14.

15) Jagdpolizeigesetz §§. 22—24.

1) L. R. I, 9 §. 170 ff. Fischereigesetz vom 30. Mai 1874. Vgl. Gruchot Bd. 6. S. 617 ff. Heydemann Einl. II. S. 30. Gerber §. 94. Beseler §§. 89. 197.

2) Den Begriff der Küstenfischerei definirt allerdings zunächst nur im Sinn dieses Gesetzes das Fischereigesetz §. 3.

3) Daher ist in den Entsch. des O. Trib. Bd. 53 S. 12 die rechtliche Möglichkeit des Besitzes eines ausschließlichen Fischereirechts im Meere verneint.

4) Das Recht zur Ausübung der Binnenfischerei in solchen Gewässern, welche früher dem freien Fischfang unterlagen, — s. g. wilde Fischerei — ist durch das Fischereigesetz §. 7 den politischen Gemeinden in den innerhalb ihrer Gemarkung belegnen Gewässern zugetheilt. Ebenso sollen Fischereiberechtigungen, welche früher, ohne mit einem bestimmten Grundbesitz verbunden zu sein, von allen Einwohnern oder Mitgliedern einer Gemeinde ausgeübt werden konnten, der politischen Gemeinde zustehen, Fischereigesetz §. 6.

Digitized by Google

von nutzbaren Wasserthieren, soweit sie nicht Gegenstand des Jagdrechts sind.[5]

Die Fischereigerechtigkeit wird grundsätzlich als Zubehör des Eigenthums am Flusse angesehen, so daß sie in den öffentlichen Strömen dem Staate,[6] in den Privatflüssen regelmäßig den Uferbesitzern bis zur Mitte des Flusses zusteht.[7] Häufig haben jedoch dritte Personen die Fischereigerechtigkeit. Sie hat dann die Natur eines dinglichen Rechts an fremder Sache.[8] Besteht sie an öffentlichen Flüssen, so ist, wie bei andern auf Private übergegangenen Regalien, die Vermuthung für ihre Ausschließlichkeit.[9] Dagegen hat die Fischereigerechtigkeit an Privatflüssen für die Regel die Ausschließung des konkurrirenden Fischereirechts der Uferbesitzer nicht zur Folge, da man die geringere Beschränkung des Rechts des Eigenthümers auch hier vermuthet.[10] [11]

Das Fischereirecht am Flusse giebt dem Flußeigenthümer oder dem sonstigen Berechtigten nur das Recht ausschließlicher Okkupation der im Gewässer sich bewegenden Fische, keineswegs aber Besitz und Eigenthum an denselben.[12] Daher können im Falle des Austretens der Gewässer und des Zurückbleibens der Fische auf fremden Grundstücken die Eigenthümer dieser Grundstücke sich die dort befindlichen Fische aneignen.[13] Dagegen nimmt das Landrecht an, daß die in geschlossenen Gewässern — Lachen, Seen — befindlichen Fische allerdings im Besitz und Eigenthum des Eigenthümers des

---

5) Näheres L. R. I, 9 §. 171 ff. Fischereigesetz §. 2. Dem Jagdrecht unterliegen unter Anderm Fischottern, Biber, Wasservögel.

6) Als sogenanntes Regal L. R. II, 15 §. 73. Auch die gemeinrechtlichen Schriftsteller nahmen überwiegend die Regalität dieses Rechts an.

7) So Ulrich Archiv Bd. 14 S. 306 ff. Heydemann l. c. S. 32.

8) Bedarf dasselbe zur Wirksamkeit gegen Dritte — nach §. 12 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb, §. 73 der G. B. O. — der Eintragung im Grundbuch? Die Beantwortung wird davon abhängen, ob man die Flüsse als Grundstücke betrachtet, die im Eigenthum stehen, da das Nutzungsrecht der Fischerei, soweit es subjektiv persönlich ist und nicht etwa eine Grundgerechtigkeit bildet, nicht von der Eintragungspflicht ausgenommen ist. Ueber jene Frage später.

9) L. R. I, 9 §. 170, vgl. L. R. II, 14 §. 32. Die Auslegung von L. R. I, 9 §. 170 in der Entsch. des O. Trib. Bd. 30 S. 184, Präj. 2576 erscheint uns als verfehlt.

10) So Erkenntniß des O. Trib. Präj. 1628 a, in Ulrichs Archiv Bd. 12 S. 61 ff., ferner Ulrichs Archiv Bd. 15 S. 565. 649, Gruchot Beitr. Bd. 6 S. 618. Dagegen Böle in Ulrichs Archiv Bd. 10 S. 621 ff.

11) Solche Berechtigungen in stehenden oder fließenden Privatgewässern sind ablösbar nach Ergänzung zur Gem. Th. O. vom 2. März 1850 Art. 1 n. 7. Es kommt also auch Art. 12, wonach eine Ersitzung ausgeschlossen ist, zur Anwendung. Entsch. des O. T. Bd. 70 S. 64.

12) Was die Okkupation durch einen Nichtberechtigten betrifft, so gelten hinsichtlich des Eigenthumserwerbs dieselben Grundsätze wie beim Jagdfrevler. Hinsichtlich der Strafen vgl. L. R. I, 9 §. 190, deutsches Strafgesetzbuch §. 296.

13) L. R. I, 9 §. 182. Anders Leyser med. ad Pand. sp. 502 m. 8. Ein Speciale ist L. R. I, 9 §. 183.

Digitized by Google

Gewässers stünden, so daß sie von diesem im Falle des Ausbruchs des Gewässers zurückgefordert werden können, sofern sie als aus dem Teiche oder See stammend erkennbar sind.[14]

Die Ausübung der Fischerei unterliegt im Interesse ihrer Nachhaltigkeit zahlreichen Einschränkungen durch Vorschriften über Schonzeiten, Schonreviere, Verbot schädlicher Fangmittel und andre polizeiliche Vorschriften.[15] Behufs geregelter Aufsicht, unter Umständen auch gemeinsamer Benutzung können Fischereigenossenschaften zwangsweise aus den Berechtigten gebildet werden.[16] Es kann auch gegen Entschädigung das Fischerrecht Einzelner im öffentlichen Interesse wie aus dem eines wirthschaftlichen Betriebs der Fischerei aufgehoben oder über das gesetzliche Maß hinaus beschränkt werden.[17]

Andrerseits haben die Fischereiberechtigten besondern gesetzlichen Schutz gegen gewisse Maßnahmen Dritter erhalten, welche dem Fischertrag schädlich sein würden.[18]

§. 231. Die freie Okkupation.

Sofern herrenlose Mobilien nicht durch besondern Rechtssatz bestimmten Personen vorbehalten sind, unterliegen sie der freien Okkupation — durch Jedermann. Es gehören hierher

1. Naturprodukte, die noch Niemandem zu eigen waren, z. B. fließendes Wasser, das Eis der Flüsse, Vogeleier. Nicht weniger sind frei okkupirbar herrenlose Thiere, welche weder dem Jagdrecht noch dem Fischereirecht unter-

---

14) L. R. I, 9 §. 177 ff. Abweichend ist römisches Recht l. 3. §. 14. D. de a. v. o. p. 41, 2 eos pisces, qui in stagno sint . . . non possideri. A. Ansicht aber bereits Donellus comm. IV. cap. 8 n. 5. Eigenthümlich definirt Fischereigesetz §. 4 die geschloßnen Wasser.

15) Fischereigesetz §. 21 ff.; es gehört hierher auch die Nothwendigkeit von Fischereierlaubnißscheinen nach §. 11 ff.

16) Fischereigesetz §§. 9. 10.

17) Fischereigesetz §. 5.

18) In dieser Hinsicht bestimmt L. R. I, 9 §. 187 in Privatflüssen, in welchen Mehrere die Fischerei haben, dürfe Niemand, der nicht ein besondres Recht dazu habe, durch Versetzung des Flusses ober- oder unterhalb den freien Gang der Fische hindern. Es bezieht sich dies auch auf Versetzungen, welche einzelne Flußarme betreffen, ein besondrer Beweis der Schädlichkeit ist nicht erfordert. Entsch. des O. T. Bd. 72 S. 105 ff. Weitere Bestimmungen behufs Beseitigung der Hinderniße für den Wechsel der Fische und der Oeffnung von Fischpäßen giebt Fischereigesetz §§. 20. 35 ff. Ueber die der Fischerei schädliche Verunreinigung der Gewässer durch Einführung von Stoffen aus landwirthschaftlichen oder gewerblichen Betrieben enthält das Fischereigesetz §. 43 Bestimmungen, welche dieselbe für die Regel verbieten, so daß auch negatorisch geklagt werden kann, jedoch gewisse Modifikationen enthalten. Wird dem Fluß das Wasser durch Bewässerungsanlagen entzogen, so haben Fischereiberechtigte höchstens Anspruch auf Schadensersatz, kein Widerspruchsrecht. Gesetz vom 28. Februar 1843 §. 18. In Bezug auf Entwässerungen vgl. Vorfluthedikt vom 15. November 1811 §. 31.

Digitized by Google

liegen, z. B. Füchse, Dachse, Marder, Nerze, Bären, Wölfe,[1] dies auch, wenn sie auf fremdem Boden erbeutet werden. Doch muß der Thierfänger, welcher ohne Wissen oder gegen den Willen des Grundeigenthümers zum Zweck des Thierfangs in dessen Grundstück eingedrungen ist, auf Verlangen das Erbeutete unentgeltlich ausliefern.[2]

2. In gleicher Weise sind frei okkupirbar solche Thiere, welche zwar früher im Privateigenthum standen, aber die bei uns auch im wilden Zustande vorzukommen pflegen und in diesen zurückgefallen sind.[3] Dabei unterscheidet unser Recht, wie das römische, solche Thiere, welche gewohnheitsmäßig zu uns zurückzukehren pflegen. Sie werden erst herrenlos, wenn sie sich dieser Gewohnheit entschlagen haben.[4] Beispiele geben Bienen, die in unseren Stöcken, an sich auch Tauben,[5] welche in unserm Schlage heimisch sind. Dagegen tritt der Verlust des Eigenthums bei Thieren, welche nicht die Gewohnheit zurückzukehren haben, mit ihrer Flucht und der Aufgabe der Verfolgung ein. Daher denn namentlich auch junge Bienenschwärme dem Eigenthümer des Mutterstocks bei Aufgabe der Verfolgung verloren gehen, welche er übrigens auch auf fremdes Gebiet unter der Verpflichtung zum Schadensersatz erstrecken darf.[6]

3. Ferner sind frei okkupirbar derelinquirte Mobilien, als solche, an welchen sich der bisherige Eigenthümer des Eigenthums durch Willensentschluß entschlagen hat. Eine solche Dereliktion liegt vor, wenn der Eigenthümer seine Sache beliebiger Ergreifung durch Jedermann preisgab.[7] Hat er hin-

---

1) L. R. I. §, 9 §. 107 ff.

2) L. R. I, 9 §. 115. Vgl. Leyser med. spec. 440. m. 4. Der Anspruch ist ein persönlicher. Der Jagdberechtigte, welcher vom Grundeigenthümer verschieden ist, hat keinen Anspruch auf Herausgabe der nicht jagdbaren Thiere, auch nicht, wenn er sie angeschossen hat. Anders bei Gruchot Bd. 20 S. 558 ff.

3) L. R. I, 9 §. 108. Für Pferde, Kühe, Gänse und ähnliche Hausthiere gilt dies nicht. §. 16. J. de rer. div. 2, 1.

4) L. R. I, 9 §§. 109. 110. §. 15. J. de rer. div. 2, 1 eousque tua esse intelligantur, donec animum revertendi habeant. Die Frage, wann diese Gewohnheit aufgegeben sei, ist natürlich eine faktische, nach Art und Brauch des betreffenden Thieres zu beurtheilende.

5) Für Tauben existirt jedoch ein besonderes Recht. Solche Tauben, welche Jemand hält, ohne ein Recht dazu zu haben, sind, wenn sie im Freien betroffen werden, Gegenstand des Thierfangs. L. R. I, 9 §. 111. Und zwar sind der Regel nach nur Ackerbesitzer nach Verhältniß der Besitzung zum Halten von Tauben berechtigt I, 9 §. 113. Ueber das Betreffen der Tauben im Felde zur Saat- und Erntezeit siehe §. 40 der Feldpolizeiordnung vom 1. November 1847.

6) L. R. I, 9 §. 122. Nach römischem Rechte geht das Eigenthum am ausschwärmenden Bienenstock so lange nicht verloren: donec in conspectu nostro est, nec difficilis eius persecutio est §. 14. J. de rer. div. 2, 1. Vgl. übrigens auch Gerber §. 91, Beseler §. 89.

7) Ein krankes Thier, welches der Besitzer hülflos sich selbst überließ, wird das Eigenthum desjenigen, welcher für dessen Pflege und Wiederherstellung sorgt.

Digitized by Google

gegen die Sache nur gewissen Kategorien von Personen zur Besitznahme offen gestellt, so liegt hierin keine Dereliktion, sondern eine bedingte Tradition und es bleibt dem bisherigen Eigenthümer die Vindikation gegen unbefugte Okkupanten.[8] [9]

4. Die willkürliche Gewinnung des Eigenthums feindlicher Privatpersonen findet in der Allgemeinheit, wie sie das römische Recht kannte, nach modernem Völkerrechte nicht mehr statt. Jedoch gelten Mobilien, welche unsre Soldaten feindlichen Truppen oder auch Marketendern wegnehmen, als Beute und gehören dem Okkupanten. Außerdem ist die Aneignung — Plünderung — von Mobilien feindlicher Privaten, auch wenn diese nicht zum feindlichen Heere gehören, auf Grund besonderer Autorisation der Truppenbefehlshaber und nach Maßgabe derselben in Folge des Nothzustandes des Krieges gestattet.[10]

Dem Feinde wird grundsätzlich das gleiche Recht nicht zugestanden. Sachen, welche der Feind erbeutet hatte, kann daher deren früherer Eigenthümer vindiciren, wenn sie in unser Gebiet zurückgelangt sind, jedoch nur gegen Erstattung des etwa für sie vom Besitzer gezahlten Preises. Nahmen unsere Truppen dem Feinde die Beute ab, welche er im Inlande gemacht hatte, so erhalten sie, wenn dieselbe bereits in Sicherheit gebracht war, eine Belohnung auf Kosten des Eigenthümers, meldet sich der Eigenthümer nicht, so verbleibt den Truppen die Beute.[11] [12]

Das feindliche Privateigenthum zur See ist in höherm Grade der Wegnahme ausgesetzt, als das zu Lande. Insbesondre ist wegnehmbar s. g. Kriegskontrebande, d. h. Sachen, welche dem Feinde zur Fortsetzung des Krieges zugeführt werden. Ferner sind der Wegnahme unterworfen feindliche

---

L. R. I, 9 §. 18. Diese der l. 2. D. qui sine manumissione 40, 8 nachgebildete Bestimmung gehört eher zur Lehre vom Erwerb durch Arbeit als zur Dereliktion.

8) Z. B. es werden Drucksachen bei einem wissenschaftlichen Kongresse ausgelegt, welche jedes Mitglied des Kongresses, der sich für dieselben interessirt, an sich nehmen kann. Nichtmitglieder würden durch die Ansichnahme nicht Eigenthümer. — Die im Text entwickelte Unterscheidung liegt wohl L. R. I, 9 §§. 343—349 zu Grunde. Vgl. auch Exner Tradition S. 12 ff., l. 9 §. 7. D. de a. r. d. 41, 1 in Bezug auf die gemeinrechtlichen Auffassungen.

9) Keine Dereliktion liegt in der absichtlichen Aufgabe des Besitzes, wenn die Absicht fehlte, sich auch des Eigenthums zu entschlagen. Daher ist z. B. die Aneignung der bei den Uebungen der Artillerie verschossenen Munition unzulässig, K. O. vom 23. Juli 1833. Ebenso verhält es sich z. B. mit Objekten, welche Reisende, die den Zoll defraudirten, aus Furcht vor der Strafe zurückließen.

10) L. R. I, 9 §. 193 ff. Dagegen l. 5 §. 7. l. 51 §. 1. D. de a. r. d. 41, 1. Gans Beitr. S. 155 ff. Gruchot Bd. 7 S. 82 ff. Beseler §. 89. Heffter das europäische Völkerrecht §. 130 ff.

11) L. R. I, 9 §. 196 ff. Kriegs- und Mundvorräthe sollen jedoch dem Staate abgeliefert werden L. R. I, 9 §. 195.

12) L. R. I, 9 §. 199 ff.

Digitized by Google

Schiffe und feindliches Gut auf feindlichen Schiffen. Das Eigenthum an solchen Objekten wird aber erst durch den Zuschlag der sogenannten Prisengerichte erworben.[13] [14]

§. 232. Zuschlag gefundener Sachen.[1]

Nach römischem Recht konnte, da Finden kein Grund zum Eigenthumserwerb war, der gewissenhafte Finder über die gefundne Sache nicht verfügen, auch wenn das Wiedererscheinen des Eigenthümers sich noch so sehr verzögerte und zweifelhaft wurde. Selbst die Ersitzung griff der Regel nach nicht ein.[2] Dagegen war dem deutschen Rechte die Auffassung, wonach die gefundene Sache in den Händen des Finders möglicherweise lange Zeit ein todtes Kapital bleibt, stets fremd. Vielmehr theilte das ältere Recht die Fundsache, wenn sich deren Eigenthümer nicht meldete, vorzugsweise dem Gerichtsherrn des Fundortes oder auch einem Gotteshause oder auch zu gewissen Theilen dem Finder zu.[3] Hierauf ruht auch das preußische Recht, nach welchem der Fund, dessen Eigenthümer sich nicht meldet, durch gerichtliches Erkenntniß dem Finder, bei größeren Beträgen gemeinsam mit der Armenkasse des Ortes zugeschlagen wird. Das Finden ist hierbei das Motiv des Eigenthumserwerbs, dieser selbst vollzieht sich aber erst durch das Zuschlagserkenntniß. Im Einzelnen ist hervorzuheben:

1. Nicht zweifellos ist, wann von einem Fund geredet werden kann? Der Finder muß eine Sache an sich genommen haben, welche entweder der Gewahrsam des bisherigen Inhabers entkommen war, oder die wenigstens in einer Lage angetroffen wird, in welcher der Finder mit gutem Schein, wenn auch vielleicht irrthümlicherweise, glauben konnte, daß der frühere Inhaber die Sache verloren habe. Die Entdeckung allein genügt nicht, vielmehr ist erforderlich, daß der Entdecker die Fundsache in sein Gewahrsam nahm.[4] Der Finder hat die Pflichten eines negotiorum gestor des Ver-

13) Nach der Pariser Deklaration vom 16. April 1856 gelten folgende Grundsätze: 1) die Privatkaperei ist abgeschafft, 2) die neutrale Flagge deckt feindliche Waare mit Ausnahme der Kriegskontrebande, 3) die neutrale Waare ist mit Ausnahme der Kriegskontrebande auf feindlichen Schiffen der Beschlagnahme nicht unterworfen. Die Deklaration ist bei uns publicirt durch V. vom 12. Juni 1856.

14) Prisenreglement vom 20. Juni 1864.

1) L. R, I, 9 §. 19 ff. Gans Beitr. I, S. 18. Heydemann Einl. II, S. 5. Ueber gemeines Recht: Delbrück in Jherings Jahrb. III, S. 1—55.

2) l. 6. l. 7. D. pro derelicto 41, 7. l. 43 §. 9. D. de furtis 47, 2.

3) Vgl. Sachsenspiegel II, 37 §. 1, ferner die bei Delbrück a. a. O. S. 9 ff. und Kraut §. 77 n. 35 ff. Citirten.

4) Sind jedoch Mehrere gleichzeitig bestrebt gewesen, die Sache an sich zu nehmen, und bleibt es zweifelhaft, wem dies zuerst gelang, so sollen sie nach der Theorie des Landrechts über solche angebliche Kollisionsfälle sich in die Finderrechte theilen. Vgl. L. R. I, 9 §. 67 ff. 9 ff. Vgl. auch oben §. 228 Anm. 2.

Digitized by Google

lierenden. Allerdings darf er dieser Geschäftsführung wieder ein Ziel setzen, jedoch nicht etwa so, daß er den Verlierer schlechter stellt, als vor der Wegnahme, z. B. durch Wegwerfen der Sache an einem Orte, wo sie dem Verlierer leichter für immer abhanden kommt, als am Fundorte.[5] [6]

2. Die Fundsache ist dem ermittelten Verlierer zurückzugeben ohne Rücksicht darauf, ob dieser ein Recht an der Sache nachweisen kann oder nicht. Dies leidet nur dann eine Ausnahme, wenn sich dessen Unredlichkeit herausstellt, z. B. der Dieb verliert die gestohlne Sache, ehe er sie in Sicherheit gebracht hat. In solchem Falle erfolgt die Aushändigung an den Bestohlenen. Der Rückempfänger hat die Kosten der Aufbewahrung der Sache, sowie des etwaigen Ermittlungsverfahrens zu tragen. Auch schuldet er einen Finderlohn, welcher bis zu 1500 Mark der Fundsache ein Zehntel des Werthes, und, soweit der Werth ein höherer ist, außerdem je ein Procent des Mehrbetrages ausmacht.[7] Der Anspruch des Finders kann im Wege der Rückhaltung wie der Klage geltend gemacht werden.[8]

3. Ist der Verlierer nicht zu ermitteln, so erfolgt der gerichtliche Zuschlag der Fundsache an den Finder, bei Beträgen aber über 300 Mark gemeinsam an den Finder und an die Armenkasse des Fundorts, so daß an untheilbaren Sachen Miteigenthum zu ideellen Theilen entsteht.[9]

4. Dem Zuschlag voraus geht ein Officialverfahren zur Ermittlung des Verlierers. Veranlaßt wird dies der Regel nach durch den Finder. Derselbe hat nämlich, sofern er die Sache nicht unmittelbar dem Verlierer zurückgiebt, der Ortspolizeibehörde innerhalb drei Tagen vom Fund an gerechnet Anzeige desselben zu machen[10] unter dem Rechtsnachtheil des Verlustes seines Rechts auf Finderlohn.[11] [12] Bleiben die Nachforschungen der Polizei ohne

---

5) Vgl. Delbrück l. c. S. 54. Der Verlierer hat also in solchem Falle gegen den Finder eine actio negotiorum gestorum directa auf Schadenersatz.

6) Rechtswidrige Zueignung der gefundenen Sache ist Unterschlagung. Deutsches Strafgesetzbuch §. 246.

7) L. R. I, 9 §. 61 ff. Von verlaufnem zahmem Vieh beträgt die Belohnung des Finders nicht mehr, als das Pfandgeld im Fall der Pfändung betragen hätte. Hat die Sache keinen in Geld schätzbaren Werth, ist sie z. B. ein Beweisdokument, ein Privatbrief, so besteht auch kein Recht auf Finderlohn, der etwas Positives ist.

8) Wie aber, wenn der Finder die Fundsache ohne Vorbehalt zurückgab? Hier verneint Gruchot Bd. 6 S. 458 den Anspruch auf Finderlohn. Dies wohl mit Unrecht, da Verzichte nicht präsumirt werden.

9) L. R. I, 9 §. 43 ff. — Da nach dem Bundesgesetze vom 6. Juni 1870 die Grenzen der Gemeinden und Gutsbezirke sich mit denen der Armenverbände decken, so hat L. R. I, 9 §. 48 keine Anwendung mehr.

10) L. R. I, 9 §. 20.

11) L. R. I, 9 §. 70 besagt: Wer die Anzeige verzögert, macht sich der Belohnung verlustig. Ob sich dies bloß auf den Finderlohn — §. 62 — oder auch auf den Anspruch, auf den Zuschlag — §. 43 — beziehen sollte, ist kontrovers. Richtig

Digitized by Google

Resultat, so ist die Sache an die Gerichte abzugeben. Bei größeren Werthen — über 6000 Mark — erfolgt dann Ediktalcitation mit mindestens sechsmonatlicher Frist, sonst ein abgekürztes Verfahren zur Ermittlung des Verlierers.[13] Das Gericht verfügt über die Aufbewahrung der Sache, die auch beim Finder geschehen kann, nach Umständen über den Verkauf und die gerichtliche Deposition des Erlöses.[14] An die Anträge des Finders, welcher zuzuziehen ist, ist das Gericht beim Verfahren nicht gebunden, da es auch die Interessen des Verlierers wahrt.

5. Der Zuschlag ist als nichtig anzufechten vor Allem dann, wenn der frühere Besitzer nachweist, daß der angebliche Finder die Sache nicht redlicherweise gefunden, sondern auf andre Weise, z. B. durch Diebstahl, an sich gebracht hat. Es fehlt in solchem Falle an den unentbehrlichen materiellen Voraussetzungen des Zuschlags. Desgleichen ist eine Anfechtung zulässig, wenn nothwendige Formalien des Aufgebotsverfahrens nicht beachtet wurden. Hat ferner der Verlierer seinen Verlust noch vor erfolgtem Zuschlage mit einer deutlichen Beschreibung der Sache in einer öffentlichen Zeitung der Provinz des Fundorts bekannt gemacht, so ist der Zuschlag anfechtbar, da dem Richter aufgelegt ist, was freilich heutzutage kaum vollständig möglich sein wird, solche Bekanntmachungen zu beachten.[15] Endlich kann der Verlierer auch, wenn er nachweist, daß er ohne Verschulden, z. B. durch schwere Krankheit, an der Meldung beim Gericht des Fundorts oder am Erlaß einer Bekanntmachung gehindert war, den Finder und die Armenkasse zur Herausgabe des Vortheils anhalten, um welchen sie in Folge des Zuschlags bereichert sind, falls die Fundsache mindestens hundert Thaler beträgt.[16]

§. 233. Erwerb des Schatzes.[1]

Verschieden von den Regeln über den Erwerb des gewöhnlichen Funds sind die Grundsätze über den Schatzfund. Was aber ist das unterscheidende

ist die erstere Auffassung, weil vom L. R. nur der Finderlohn als „Belohnung" in §§. 62 und 69 bezeichnet wird, zudem es auch sonst an einer zum Zuschlag berufnen Person fehlen würde. So auch Entsch. des O. Trib. Bd. 71 S. 148. Vgl. übrigens oben §. 228 Anm. 15.

12) L. R. I, 9 §§. 20. 70. Wer den Fund über vier Wochen verschweigt, gilt als unredlicher Besitzer, §. 71.

13) L. R. I, 9 §§. 31—42.

14) L. R. I, 9 §. 23 ff.

15) L. R. I, 9 §. 50. Kommt der Zuschlag demjenigen zu Gute, dem nachgewiesen werden kann, daß er im Augenblick der Zufertigung des Erkenntnisses den Verlierer und den Aufenthaltsort desselben kannte? Wir verneinen die Frage, da Niemandem sein Dolus nützen soll. Vgl. auch L. R. I, 9 §. 53.

16) L. R. I, 9 §. 56.

1) L. R. I, 9 §. 74 ff. Gans in Kamptz Jahrb. Bd. 31 S. 3 ff. Gruchot Bd. 6 S. 567 ff. Heydemann Einl. II, S. 14 ff.

Digitized by Google

Merkmal des Schatzes? Wohl das, daß das Gefundene, dessen Eigenthümer nicht zu ermitteln ist, längere Zeit in einem Grundstück oder auch in einer beweglichen Sache[2] verborgen war. Was hingegen bloß vorübergehend, z. B. bei einer Feuersbrunst, einem Erdbeben verschüttet und sofort wieder aufgegraben wurde, ist Fund, nicht Schatz, wenn der Eigenthümer nicht festzustellen ist.[3]

Wie nach römischem Rechte fällt auch bei uns die Hälfte des Schatzes an den Eigenthümer des Fundorts, die andere Hälfte an den Finder. Wer aber nach Schätzen auf einem fremden Grundstück ohne Bewilligung des Eigenthümers suchte, oder magische Künste anwendete, oder sonst wider Verbotsgesetze handelte, verliert als der Glücksgabe unwürdig sein Anrecht zu Gunsten des Fiskus.[4] Der Erwerb des Schatzes beruht richtiger Ansicht nach unmittelbar auf dem Gesetze,[5] keineswegs aber auf dem Gesichtspunkte der Okkupation einer herrenlosen Sache,[6] welchen Manche geltend machten. Daher wird der Entdecker, und nicht der Okkupant Eigenthümer der Schatzhälfte, wenn beide zufälligerweise verschiedene Personen sind, z. B. ein Arbeiter den Schatz entdeckte und sein Dienstherr ihn an sich nahm.[7] Auch ist die auf den Gedanken der Okkupation gegründete Behauptung zu verwerfen, daß der Grundeigenthümer auf die ihm zustehende Schatzhälfte nur einen persönlichen Anspruch gegen den Finder habe, da dieser als der Okkupant

---

2) Nach gemeinem, wie nach preußischem Rechte ist bestritten, ob auch das in einer beweglichen Sache Gefundene ein Schatz im gesetzlichen Sinne ist. Eine Abhandlung hierüber bei Sell Versuche I, 3. Aus dem römischen Rechte vgl. l. 67. D. de R. V. 6, 1. Windscheid I, §. 184 Anm. 11. Der Text von L. R. I, 9 §. 74 spricht allerdings nicht für die Ausdehnung auf in Mobilien Verborgenes, wohl aber die Gleichheit des Grundes. Vgl. noch L. R. I, 9 §. 98.

3) Vgl. L. R. I, 9 §§. 104. 105. Darauf, daß die Sache durch menschliche Thätigkeit verborgen wurde, legt für den Begriff des Schatzes Gewicht Delbrück in Gerber und Iherings Jahrb. III, S. 20 ff. Aber dieser Umstand wird in vielen Fällen gar nicht mehr zu ermitteln sein. Vgl. auch L. R. I, 9 §. 74.

4) L. R. I, 9 §. 84 ff. — Die l. 10. C. de thesauris 10, 15 verbot auch das Schatzsuchen auf fremdem Grundstück mit Bewilligung des Eigenthümers. Bei uns steht dem nichts im Wege. Der Antheil des Finders richtet sich zunächst in solchem Fall nach dem Vertrag.

5) l. 63 §. 1. D. de a. r. d. 41, 1: thesaurus donum fortunae creditur.

6) Dernburg in Heidelb. krit. Zeitschrift I, S. 148. Windscheid I, §. 184. A. Ansicht Sell Versuche I, 4.

7) Vgl. den Rechtsfall bei Kind quaest. for. II, cap. 82 p. 412 ed. 2. Natürlich reicht aber dies Recht nur soweit als die Entdeckung. Macht z. B. ein Arbeiter auf fremdem Boden einen Fund, der hinzukommende Eigenthümer schickt ihn fort und findet tiefer grabend noch Objekte, so hat er dem ersten Finder, von dem, was er selbst entdeckte, nichts abzugeben. Hiernach ist die Entscheidung des Obertribunals bei Striethorst Bd. 57 S. 323 sehr bedenklich.

Digitized by Google

zunächst Alleineigenthümer werde. Vielmehr weist das Gesetz dem Grundeigenthümer die Hälfte des Schatzes unmittelbar zu.[8] [9]

Abweichend vom römischen Rechte kennt das Landrecht auch bei Schätzen ein Verfahren von Amtswegen zum Zweck der Ermittlung des Eigenthümers. Deshalb legt es dem Finder eine Anzeigepflicht binnen vier Wochen auf. Geschah der Fund auf fremdem Boden, so ist die Strafe der Vernachlässigung dieser Pflicht Verlust der Finderhälfte.[10] Dem Finder auf eigenem Boden ist arbiträre Strafe bis zur Hälfte des Werths des Schatzes angedroht.[11] [12] Das Gericht veranstaltet ein Aufgebot, wenn nicht der Schatz offenbar mindestens seit einem Jahrhundert verborgen lag.[13] Eines Zuschlagserkenntnisses bedarf es jedoch nicht, wenn der frühere Eigenthümer nicht ermittelt wird, da der Erwerb des Schatzes für den Grundeigenthümer und Finder von selbst eintritt.

§. 234. Fruchterwerb.[1]

Im römischen Rechte, in welchem die anstehenden Früchte nothwendige Bestandtheile der fruchttragenden Sache bildeten,[2] konnte nur die Frage entstehen, ob ein Nutzungsberechtigter Eigenthümer der Früchte bereits mit deren Trennung oder erst in Folge ihrer Aneignung werde. Die ausgebildete römische Jurisprudenz kam zu der Unterscheidung, daß der Pächter, welchem der Verpächter gleichsam tradirte, desgleichen der Nießbraucher durch die Perception, der redliche Besitzer aber bereits mit der Trennung die Früchte erwerbe.[3] Bei uns ist von dieser Unterscheidung nicht mehr die Rede. Vielmehr erlangen bei uns die Nutzungsberechtigten — also Nutznießer, Pächter, redliche Sachbesitzer, wie auch der Eigenthümer der Sache selbst — Eigen-

8) L. R. I, 9 §. 82. Anders Böcking Pandekten II, §. 150 no. 35. Dagegen u. A. Pagenstecher II. S. 87 ff. Die Frage wird wichtig im Fall einer Unterschlagung durch den Finder.

9) Die Specialbestimmung von L. R. I, 9 §. 92 ist veranlaßt durch den von Leyser med. ad Pand. spec. 442. m. 3 mitgetheilten Fall. Es soll nämlich unter Pabst Julius III. eine Statue des Pompejus unter einem Keller in der Lage entdeckt worden sein, daß ihr Kopf in das Nachbargrundstück hineinreichte, worauf der Richter auf Naturaltheilung der Statue unter den Nachbaren erkannt habe!

10) L. R. I, 9 §. 102. Zu wessen Gunsten die Hälfte verfällt, ist streitig. Da aber unser Recht nur ausnahmsweise Privatstrafen kennt, ist die Strafbestimmung zu Gunsten des Fiskus, nicht wie Bornemann II, S. 24 annimmt, zu Gunsten des Grundeigenthümers. So auch Präj. des O. Trib. 2625. Entsch. Bd. 30 S. 421.

11) Durch die neueren Strafgesetze nicht beseitigt nach Goltdammer Archiv Bd. 14 S. 649.

12) Cfr. l. 3 §. 11. D. de iure fisci 49, 14.

13) L. R. I, 9 §§. 76 ff. 79.

1) L. R. I, 9 §. 220 ff. Gruchot Bd. 7 S. 87 ff. S. 114 ff.

2) Oben §. 215 Anm. 4 und 5.

3) §§. 35. 36. J. de rer. div. 2, 1.

Digitized by Google

thum an der noch ungesonderten Frucht mit deren Hervortreten,[4] so daß sie von jetzt an dinglich über die Früchte verfügen, dieselben z. B. verkaufen, verpfänden und mit dem Zutritt zur Muttersache übergeben können.[5] Nur wird auf Grund des Ueberhangs- und Ueberfallsrechts der Nachbar Eigenthümer an den Früchten des fremden Baumes erst durch die Aneignung.[6]

Die Auseinandersetzung eines an fremder Sache Nutzungsberechtigten mit dem Sacheigenthümer bei Beendigung des Nutzungsrechts bestimmt sich übrigens nicht nach diesem Moment, richtet sich vielmehr meist nach der Dauer des Verhältnisses im letzten Wirthschaftsjahre.[7]

Dem Nutzungsberechtigten fallen die Früchte und Nutzpflanzen auch dann zu, wenn sie aus fremdem Samen oder fremden Setzpflanzen stammten.[8] Deren Eigenthümer hat daher nach deren Anwachsen nur persönliche Ansprüche gegen den Nutzungsberechtigten, bald auf volle Entschädigung im Fall einer absichtlichen oder schuldhaften Aneignung durch diesen, bald auf den Betrag der Bereicherung desselben, bald bloß auf Wegnahme der Pflanzen gegen Ersatz der entzogenen Bodennutzung, wenn der Nutzungsberechtigte, der ohne Schuld seinerseits ist, die Pflanzen nicht will.[9]

In analoger Weise gehört das Thierjunge dem am Mutterthier Nutzungsberechtigten, auch wenn die Befruchtung von dem Thier eines Dritten ausging. Doch ist der Nutzungsberechtigte, welcher diese Befruchtung veranlaßte, zum Ersatz des sogenannten Sprunggelds verpflichtet.[10]

§. 235. Erwerb durch Verarbeitung, Verbindung, Vermengung.[1]

1. Die in redlichem Glauben[2] unternommene **Verarbeitung** fremder Stoffe, welche denselben eine neue Gestalt giebt, verschafft dem **Verfer-**

---

4) L. R. I, 9 §. 221. Das sächsische Recht nahm nach Sachsenspiegel II, 58 §. 1 an, daß die Frucht dem Nutzungsberechtigten mit der Fruchtbestellung erworben sei.

5) Die Mobiliarpfändung ungetrennter Früchte, nach preußischem Recht streitig, ist nach R. C. P. O. §. 714 in dem Monat vor der gewöhnlichen Zeit der Reife zulässig; vgl. §. 725.

6) L. R. I, 9 §§. 289. 292. Vgl. oben §. 220 Anm. 14.

7) Entsch. des O. Trib. B. 39 S. 152 ff.

8) L. R. I, 9 §. 275. Vgl. l. 25 §. 1. D. de usuris 22, 1. Siehe auch Heydemann II, S. 59.

9) L. R. I, 9 §. 276 ff. finden sich weitläufige kasuistische Bestimmungen.

10) L. R. I, §. 324 ff.

1) L. R. I, 9 §. 298 ff. Gruchot Bd. 7 S. 259 ff. Heydemann II, S. 71 ff. Gemeinrechtlich Bechmann Archiv f. c. Pr. Bd. 47 n. 2. Fitting Archiv f. c. Pr. Bd. 48 n. 1. 7. 13. Windscheid I, §. 187.

2) Daß auch nach dem entwickelten römischen Rechte bona fides für den Erwerb durch Specifikation erforderlich war, darüber vgl. u. A. Dernburg krit. Zeitschr. I, S. 147. Fitting Archiv f. c. Pr. Bd. 48 S. 335 ff. Windscheid I, §. 187 arg. l. 12 §. 3. D. ad exhib. 10, 4. l. 13. l. 14 §. 3. D. de cond. furt. 13, 1. l. 4 §. 20. D. de usurp. 41, 3. Anderer Ansicht freilich Puchta Pand. §. 154 n. 4 u. A.

Digitized by Google

tiger das Eigenthum der Arbeitsprodukte. Dieser Satz hat bei uns eine größere Tragweite, als im römischen Rechte, welches ihn bereits bei der Specifikation in beschränkter Weise zur Geltung brachte. Denn dort war er namentlich ausgeschlossen, wenn das Arbeitsprodukt in die frühere Gestalt zurückführbar war,[3] bei uns kommt hierauf nichts an, so daß z. B. der Metallarbeiter Eigenthum seiner Arbeitsprodukte erhält, ohne Rücksicht darauf, ob sie an sich wieder einzuschmelzen wären. Auch wird nicht, wie in Rom, unterschieden, ob die Arbeit nur in einem Enthülsen, z. B. Ausdreschen von Getreide, bestand.[4] Endlich wird der redliche Arbeiter auch dann Eigenthümer, wenn seine Arbeit hauptsächlich nur in der Zusammenfügung von Objekten bestand, wo der römische Begriff der Specifikation gar nicht mehr zureicht. So namentlich beim Verfertigen eines Manuskripts, Färben eines Stoffs, Herstellen eines Gemäldes, Erbauen eines Schiffs,[5] Fälle, in welchen das römische Recht das Verbundene der Regel nach dem Material, welches die Grundlage des neuen Ganzen bildet, durch sogenannte Accession zufallen ließ.[6] Geschah übrigens die Arbeit für einen Dritten, so wird dieser, nicht der Verfertiger selbst der Eigenthümer.[7]

Der durch die Verarbeitung fremden Stoffs Erwerbende ist persönlich verpflichtet, dem bisherigen Eigenthümer desselben nach dessen Wahl entweder Objekte gleicher Art in Natur zu liefern, oder den höchsten Werth des Stoffs zur Zeit der Verarbeitung zu vergüten.[8]

2. Werden Objekte mehrerer Eigenthümer ohne — kunst- oder handwerksmäßige — Verarbeitung redlicher Weise der Art verbunden, daß eine

---

3) §. 25. J. de rer. div. 2, 1. l. 5 §. 1. D. de R. V. 6, 1.

4) §. 25. J. de rer. div. 2, 1 u. l. 7 §. 7. D. de a. r. d. 41, 1 stehen freilich im Gegensatze.

5) Vgl. L. R. I, 9 §. 304 und dagegen §. 307. Für das Schiff giebt ein Zeugniß L. R. II, 8 §§. 1393. 1394, wobei die formelle Aufhebung dieser Paragraphen durch Art. 60 ad 1 des Einführungsgesetzes zum deutschen Handelsgesetzbuch nicht weiter in Betracht kommt.

6) Daß das Schreiben §. 33. J. de r. d. 2, 1 das Färben l. 26 §. 3. D. de a. r. d. 41, 1 den Römern nicht als Specifikation galt, steht fest. Beim Schiff verneint Julian die Specifikation, da vielmehr proprietas totius navis carinae causam sequitur. l. 61. D. de R. V. 6, 1. Dagegen Paulus l. 26 pr. D. h. t. 41, 1. Fitting A. f. c. Pr. Bd. 48 S. 356 ff.

7) l. 25. l. 27 §§. 1. 2. D. de a. r. d. 41, 1. Dies ist dann anzunehmen, wenn der Arbeitsherr die Materialien oder wenigstens das Geld zu deren Anschaffung vorschoß. Vgl. Gruchot a. a. O. S. 271.

8) L. R. I, 9 §. 305 in besonderer Anwendung der Grundsätze von L. R. I, 13 §. 262 ff. über nützliche Verwendung, so daß die dort vorgetragenen Rechtssätze z. B. L. R. I, 13 §§. 275. 276 sich auch auf die Specifikation beziehen. Wer aber das Material redlicher Weise von einem Nichteigenthümer erworben hatte, kann ohne Zweifel den ausgelegten Preis dem Stoffeigenthümer, wie gegenüber einer Vindikation, in Rechnung stellen. Vgl. Gruchot Bd. 7 S. 278 n. 14. Ueber gemeines Recht siehe Windscheid I, §. 187 Anm. 6.

Digitized by Google

Aussonderung des Jedem Gehörigen praktisch unausführbar ist,[9] so tritt nicht, wie nach römischem Rechte Miteigenthum ein, vielmehr zieht der Stoff, welcher den höhern Werth hat, den Stoff von minderem Werthe nach sich. War es der Verbindende, welcher die höhere Werthquote zuschoß, so liegt ihm ohne weiteres die Pflicht ob, dem Eigenthümer des minderwerthigen Stoffs Ersatz zu leisten, kommt aber die höhere Werthquote von dem passiven Theile her, so hat derselbe die Wahl, ob er das Produkt gegen Ersatz des Beitrags des anderen Theils behalten oder diesem das Produkt unter Inanspruchnahme des vollen Ersatzes für seinen Beitrag überlassen will.[10] [11]

Im Allgemeinen gelten bei uns für eine Vermischung und Vermengung von Stoffen dieselben Grundsätze wie für deren Verbindung.[12] Doch fällt bei

---

9) Absonderung des ohne eigentliche Verarbeitung Verbundenen findet statt, wenn sie ausführbar ist, l. 3 §. 2. D. de R. V. 6, 1. L. R. I, 9 §. 298. Dieser Paragraph legt die Kosten der Aussonderung dem Vermischenden zur Last. Ob hierbei aber nicht dessen Verschuldung unterstellt ist? Eine besondere actio ad exhibendum ist bei uns nicht nöthig, vielmehr kann der Eigenthümer das ihm Zugehörige trotz der Vermischung vindiciren. Die Trennung ist im Falle der Verurtheilung Sache des Verurtheilten, welcher zu derselben durch Exekution gezwungen wird.

10) L. R. I, 9 §. 307 ff. Wer ist in der Zwischenzeit, bis die Entscheidung getroffen ist, Eigenthümer? Sind die Ansprüche des mit der größeren Werthquote Betheiligten obligatorische oder dingliche? Hierüber spricht sich freilich das Landrecht trotz kasuistischer Breite nicht aus. Daher denn Koch Kommentar zu L. R. I, 9 §. 308. Proceßpraxis S. 227 die beiden beitragenden Theile als Miteigenthümer auffaßt und die landrechtlichen Bestimmungen nur als Auseinandersetzungsvorschriften behandelt. Dieses Zurückgreifen auf das römische Recht hat im Landrecht keinerlei Basis. Wir nehmen an, das Eigenthum steht dem dominirenden Gedanken des Landrechts nach zunächst dem zu, welcher die größere Werthquote beigetragen hat. Eine Verbesserung des römischen Rechts liegt freilich in der Neuerung wohl nicht, da die Frage des höhern Werths leicht eine zweifelhafte, der Eigenthümer also ungewiß ist. — Bleibt es übrigens zweifelhaft, ob vom Verbindenden oder dem passiven Theile die größere Werthquote herkomme, so gebühren dem Letzteren die Rechte des mit der größeren Quote Betheiligten L. R. I, 9 §. 314.

11) Sehr detaillirte und kasuistische Bestimmungen trifft dann das Landrecht I, 9 §. 315 ff. noch für den Fall, daß Jemand die Materialien verschiedener Dritter verarbeitet, verbunden, vermengt oder vermischt hat. Dem Verfertiger gegenüber werden diese Dritten wie eine Persönlichkeit behandelt. Kommt es auf die Wahl von ihrer Seite an, so ist die nach dem Werth des beigetragenen Materials berechnete Mehrheit und, wenn der Werth zweifelhaft bleibt, das Loos entscheidend. Erwerben hiernach die mehreren Eigenthümer die Masse, so werden sie, wenn ihre Materialien gleichartig gewesen sind, Miteigenthümer. Waren die Materialien ungleichartig, so kommt es darauf an, ob sie sich über den Werth des Ganzen vereinigen; geschieht dies, so erhält unter der Verpflichtung der Abfindung der Uebrigen das Ganze, wer die größte Werthquote zuschoß, wenn diese gleich ist, entscheidet das Loos; vereinigen sie sich nicht über den Werth des Ganzen, so wird derselbe durch eine unter den Interessenten anzustellende Licitation ermittelt, so daß der Meistbietende das Ganze unter Verpflichtung verhältnißmäßiger Vergütung an die Uebrigen erhält.

12) Die Römer gaben bei einer Vermengung, falls die Aussonderung unthunlich war, jedem Theil die Vindikation einer seinem Beitrag entsprechenden Quantität. §. 28. J. de rer. div. 2, 1. l. 5. pr. D. de R. V. 6, 1.

Digitized by Google

einer Vermengung fremden Geldes mit dem eigenen auch nach preußischem Rechte jeder dingliche Anspruch gegen den Vermischenden weg.[13]

3. Ist die Verarbeitung fremden Materials oder dessen unscheidbare Verbindung oder Vermengung mit dem unseren *unredlicher* Weise[14] erfolgt, so fällt das Produkt in das Eigenthum des passiven Theils. Derselbe muß nur den niedrigsten Werth der Arbeit oder der Zuthaten des Producenten vergüten. Auch diese Vergütung kann der Fiskus konfisciren.[15] Der passive Theil aber ist nach seiner Wahl auch befugt, dem unredlichen Producenten das Produkt zu Eigenthum zu überlassen unter Inanspruchnahme des höchsten Werths seines Stoffbeitrags und seines vollen Interesses.[16]

Wer zwar nicht unredlicherweise, aber doch nicht ohne Verschuldung sich in der hier besprochnen Weise fremdes Gut aneignete, haftet nach Maßgabe dieser Verschuldung für Schadensersatz auch über den Stoffwerth hinaus.

§. 236. Erwerb durch Bauen.[1]

Nach römischem Rechte fiel jeder Bau, welcher mit dem Boden fest verbunden war, nothwendig dem Bodeneigenthümer zu, ohne Rücksicht darauf, wem das verbaute Material gehört hatte, und wer den Bau errichtete.[2] Dagegen gestaltet sich nach unserem Rechte, wo der Bau nicht mehr nothwendiges Zubehör des Bodens ist, dies Verhältniß in sehr abweichender Weise. Für die Frage des Eigenthums am Bau kommt allerdings auch bei uns nichts darauf an, wem die verbauten Materialien — Steine, Balken u. s. f. — gehört haben. Wurden fremde Materialien verbaut, so verliert vielmehr deren Eigenthümer das Eigenthum an denselben zu Gunsten des Bauenden. Der Bauende ist aber hierfür ersatz- und entschädigungspflichtig nach dem Maaß seiner Verschuldung.[3] Eine Schwierigkeit liegt nur da vor, wo der Bodeneigenthümer und der Bauherr verschiedene Personen sind.

---

13) L. R. I, 15 §. 46. Siehe oben §. 188. 3.

14) So sind die Worte „betrüglicherweise" L. R. I, 9 §. 299 ff. zu verstehen.

15) L. R. I, 9 §. 301. Dies, weil die Forderung in einem Vergehen ihren Grund hat. Das Princip findet sich, wenn auch sehr gemildert, noch im deutschen Strafgesetzbuche §. 40.

16) L. R. I, 9 §. 302 ff. Vgl. L. R. I, 6 §. 85.

1) L. R. I, 9 §. 327 ff. Gruchot Bd. 7 S. 282 ff. Heydemann II, S. 64 ff. Jacobi in Iherings Jahrb. Bd. 4 S. 246 ff.

2) Vgl. oben §. 215 Anm. 4.

3) L. R. I, 9 §. 334 ff. War der Bauende eine vom Bodeneigenthümer verschiedene Person und fällt der Bau an diesen, so kann Letzterer nach den Grundsätzen der Bereicherungsklage in Anspruch genommen werden. — Von einem Wiederaufleben des Eigenthums im Fall einer späteren Trennung der verbauten Materialien wie im römischen Rechte ist im Gesetze nicht die Rede.

Digitized by Google

1. Wer auf fremdem Boden für sich, sei es nun redlicher oder unredlicher Weise, einen selbständigen Bau[4] errichtet hat, wird zunächst Eigenthümer des Baues, nicht aber des Bodens. Der Bodeneigenthümer aber, welcher von dem Bau nichts wußte oder demselben widersprach, hat ein dreifaches Wahlrecht.[5] Er kann sich entweder das Gebäude zueignen, wofür er dem Bauherrn die Baukosten bis zum Werth des Gebäudes zu ersetzen hat. Oder er überläßt dem Bauenden den Boden, wogegen dieser Ersatz des Bodenwerths und Entschädigung nach Maßgabe seiner Verschuldung leisten muß. Oder endlich der Grundeigenthümer kann Abbruch des Baues und Wegräumung auf Kosten des Bauenden und Schadensersatz erlangen.[6] Hat aber der Bodeneigenthümer Kenntniß davon gehabt, daß auf seinem Boden ein Anderer baue und hat er ihm gegenüber nicht unmittelbar widersprochen, so fällt der Boden, auf welchem der Bau aufgeführt wird, an den Bauenden. Dieser ist nur zur Entschädigung hierfür verpflichtet.[7] Es tritt dieser Eigenthums-

4) Unter einem Bau versteht das O. Trib. auch hier nur mit Umfassungsmauern versehene Räume, es wendet alle die bezüglichen Bestimmungen nicht auf bloße Scheidewände an, Striethorst Bd. 97 S. 91.

5) L. R. I, 9 §. 327 ff.

6) Soweit der Bauende als redlicher Besitzer der Sache weitergehende Ansprüche hat, kommen ihm dieselben trotz dieser Bestimmungen zu Gute. Ferner steht aber dieses Wahlrecht dem Grundeigenthümer nur gegen den Bauenden selbst zu. Ist ein Dritter in den Besitz des Baues gekommen, so müssen die gewöhnlichen Grundsätze der Vindikation entscheiden.

7) L. R. I, 9 §. 332. Das Gesetz nimmt aus der exceptio doli, welche dem Bodeneigenthümer wegen seines Schweigens entgegensteht, Veranlassung, dem Bauenden das Eigenthum des von ihm bebauten Landes zuzusprechen. — Folgende Streitfragen sind noch zu beantworten. 1. Die Wissenschaft vom Bau schadet dem Bodeneigenthümer richtiger Ansicht nach nur dann, wenn es klar war, daß der Bauende für sich bauen wollte. Dagegen verliert er sein Eigenthum nicht, wenn er annehmen konnte, daß der Bauende als sein Geschäftsführer zu handeln beabsichtige. Hieraus folgt, daß der Miteigenthümer, welcher wußte, daß ein Miteigenthümer auf gemeinschaftlichem Boden ein Gebäude errichte, sein Eigenthum nicht schon hierdurch verliert, sondern nur dann, wenn er der Sachlage nach nicht voraussetzen konnte, daß der Bauende im gemeinsamen Interesse handle. Diese Distinktion machen nicht Striethorst Archiv Bd. 11 S. 216, Heydemann II, S. 67 ff. — 2. Der Widerspruch soll der Art erfolgen, daß er zur Wissenschaft des Bauenden gelangt ist. Wie wenn der Bauherr sich der Mittheilung absichtlich entzieht? Es genügt, daß man widerspricht, nachdem sich der Bauherr finden läßt. Auch eine gerichtliche Protestation führt zum Ziel. 3. Der Nachweis ist zulässig, daß der Widerspruch in Folge Betrugs, Zwangs, wesentlichen Irrthums unterblieb, da diese Thatsachen regelmäßig auch stillschweigende Willenserklärungen entkräften. 4. Es kommt nichts darauf an, ob der Bauherr den Grund und Boden schon vorher, sei es ohne jedes Recht, sei es in Folge eines mündlichen Vertrags, sei es in Folge einer Tradition ohne Auflassung in Besitz genommen hat, oder ob er ihn erst zum Zweck des Baues in Besitz nahm. Denn die exceptio doli des Bauenden ist namentlich begründet, wenn der Bodeneigenthümer selbst in nicht gehöriger Form veräußerte, nun noch den Bau zuläßt und dann das Grundstück, gestützt auf die Formmängel, zurücknehmen will. Auch wird nicht berücksichtigt, ob der Bauherr sich für berechtigt zum Bauen auf dem fremden Boden hielt oder nicht. 5. Der Eigenthumserwerb bezieht sich nur auf den Boden des Gebäudes selbst, nicht auf den etwa noch weiter angeeigneten Hof oder Garten.

Digitized by Google

verlust indessen nicht ein, wenn der Besitzer eines ganzen Gutes auf einem Theil desselben ein dessen Zwecken bestimmtes Gebäude errichtete und das Gut dem Grundeigenthümer herauszugeben hat. Auch ist die Bestimmung nicht anwendbar, wenn Jemand baut, welcher mit Zustimmung des Eigenthümers zu vorübergehenden Zwecken im Besitz des Grundstücks ist, z. B. ein Pachter errichtet Scheuern, Magazine, eine Fabrik. Hier bleibt er Eigenthümer des Baues und der Grundeigenthümer des Bodens.[8]

2. Besondere Vorschriften gelten für den Bau an der Grenze.[9] Der Nachbar hat mündlich sein Vorhaben, an der Grenze zu bauen, dem Nachbar anzuzeigen. Unterließ er diese Anzeige,[10] oder beachtete er den daraufhin eingelegten Widerspruch des Nachbars nicht, oder hat er die ausgemachte Baulinie vorsätzlich oder in Folge grober Nachlässigkeit überschritten, so ist er zum Abbrechen des Baues und zur Entschädigung verpflichtet, auch wenn der Nachbar von der Grenzüberschreitung Kenntniß hatte und nicht unmittelbar widersprach. Wer hingegen dem Nachbar die Anzeige machte[11] und sich über die Baulinie mit demselben einigte, diese Linie aber durch mäßiges Versehen überschritt, kann nicht zur Zurückziehung des Baues genöthigt werden, sondern hat nur für den Bodenwerth, der ihm zufällt, Entschädigung zu leisten.

Das Eigenthum des Bodens geht in den besprochenen Fällen von Rechtswegen, also ohne daß erst eine Auflassung erfordert ist, auf den Bauherrn über.[12] Zu seiner Sicherung wird jedoch der Erwerber die Eintragung betreiben müssen, indem andernfalls der noch eingetragene bisherige

---

8) L. R. I, 9 §. 333. Striethorst Archiv Bd. 17 S. 19, Bd. 40 S. 125.

9) L. R. I, 9 §. 340 ff. Reinhard in Ulrichs Archiv Bd. 13 S. 70 ff. Leyser med. sp. 447 m. 8. Die bezüglichen Bestimmungen sind nicht anwendbar auf Bauten, welche, ohne den Boden zu berühren, in den Luftraum des nachbarlichen Grundstücks hereinragen. Entsch. des O. Trib. Bd. 78 S. 212.

10) Wer die Anzeige unterließ, hat den Bau zurückzuziehen, auch wenn er in redlicher Meinung war, da dann die allgemeinen Grundsätze maßgebend sind. Entsch. des O. Trib. Bd. 71 S. 11.

11) Es ist selbstverständlich, daß, wenn das Nachbargrundstück Mehreren gehört, sämmtlichen Miteigenthümern die Anzeige gemacht werden muß, da kein Einzelner ohne Zustimmung der Andern über die Substanz verfügen kann. L. R. I, 17 §. 10. Doch will dies eine Entscheidung des O. Trib. in Striethorst Archiv Bd. 59 S. 30 ff. wenigstens nicht schlechthin gelten lassen, ohne daß Rechtsgründe hierfür angeführt werden.

12) Es gilt dies auch, obgleich man hieran zweifeln könnte, im Fall von L. R. I, 9 §. 332, wo die Entschließung des Bodeneigenthümers den Eigenthumsübergang bewirkt. Zwar könnte man einwenden, daß die Auflassung nach dem §. 1 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb nothwendige Form für jede „freiwillige" Veräußerung sei und daß eine solche hier vorliege. Allein die Auflassung ist an die Stelle der Tradition getreten, sie ist daher nicht nothwendig in unserm Fall, in welchem die einseitige Erklärung des Bodeneigenthümers zur Uebereignung genügt; so auch Entsch. des O. Trib. Bd. 80 S. 51.

Digitized by Google

Eigenthümer nach dem neuen Grundbuchrecht, obgleich er nicht im Besitz ist, formell zur Auflassung befähigt bleibt und der Aufgelassene, der in gutem Glauben ist, den auf den Bauenden übergegangenen Boden zurückerwirbt.

§. 237. Eigenthumserwerb in Folge des Uferrechts.[1]

1. Ufer und Bett fließender Gewässer sind steten Veränderungen ausgesetzt, so daß die durch einen Fluß gebildete Grenze eine schwankende ist und das Ufergrundstück sich durch Anlandungen vergrößert, wie durch Abschwemmungen vermindert.[2 3]

Hiernach fallen allmählige Anschwemmungen — Alluvionen — nach Landrecht wie nach römischem Rechte von selbst dem Grundstück zu, an welches sie sich angesetzt haben.[4] Und zwar tritt dieser Eigenthumserwerb mit dem Augenblicke ein, mit welchem sich die Anlandungen über den höchsten regelmäßigen Wasserstand emporgehoben haben.[5] Es gilt dies für die Längenerstreckung des Grundstücks. Ueber diese hinaus sich in den Fluß hinziehende Erdzungen gehören dagegen denjenigen Flußnachbarn, mit deren Ufern sie korrespondiren. Indessen kann der Grundbesitzer, von dessen Grundstück sie auslaufen, auch sie durch dreijährige ruhige Nutzung ersitzen.[6]

---

1) L. R. I, 9 §. 223 ff. Heydemann Einl. II. S. 47. Windscheid I. §. 185. Zrodlowski Untersuchungen aus dem österreichischen Civilrecht. Prag 1872. S. 129 ff. — Henrici Inselerwerb in Iherings Zeitschrift Bd. 13 n. 2. Bd. 15 n. 7.

2) Das römische Recht betonte, daß eine Erweiterung des Grundstücks nach Uferrecht nur eintreten kann, wenn der Fluß wirklich im rechtlichen Sinne die Grenze bildet. Hatte dagegen das an den Fluß stoßende Grundstück eine durch die staatliche Zumessung fixirte Grenze — gehörte es also zu den agri limitati, — so war das jenseits dieser Grenze Angelandete, wie auch die im Fluß entstehende Insel herrenlos und Eigenthum des Okkupanten. l. 16. D. de a. r. d. 41, 1. l. 1. §§. 6. 7. D. de fluminibus 43, 12.

3) Bei der Frage, ob Jemand Uferbesitzer ist, wird nicht in Betracht gezogen, ob das Ufer durch Dämme und Dünen mit oder ohne Vorland eingeschlossen war, L. R. I, 9 §. 253. Laufen hingegen dem Ufer entlang öffentliche Wege, so fällt die an dem Ufer entstehende Anlandung richtiger Ansicht nach dem Grundbesitzer nächst des Weges nur dann zu, wenn ihm nachweisbarerweise auch der Uferrand gehört. Niederding Wasserrecht S. 44. Zweifelhaft ist freilich l. 38. D. de a. r. d. 41, 1.

4) L. R. I, 9 §. 225 ff. §. 20. J. de R. D. 2, 1. l. 56. pr. D. de a. r. d. 41, 1.

5) Bis dahin bilden sie Theile des Flußbettes, auch wenn sie zeitweise trocken liegen. — Wie aber, wenn umgekehrt unser Grundstück unter den regelmäßigen Wasserstand eines öffentlichen Flusses sinkt, jedoch durch Schilf, Rohr, Weidenpflanzungen u. s. f. benutzbar bleibt? Der Strenge nach hat hier der Flußanlieger sein Eigenthum und damit das Recht auf jene Nutzungen verloren, doch wird man aus Billigkeitsgründen dazu geneigt sein, die Nutzung der Anlieger zu respektiren, soweit dieselbe mit der nunmehrigen Bestimmung des Terrains zum Flußbett bestehen kann, wofür die Analogie von L. R. II, 15 §. 41 spricht.

6) L. R. I, 9 §. 232—236. Wird eine Alluvion durch Veränderungen im Stromlauf wieder vom Ufergrundstück getrennt, so bleibt das Gelänt auch als Insel

Digitized by Google

2. Nach gemeinem Rechte erwarb der Ufernachbar abgerissene, an sein Grundstück getriebene fremde Stücke Landes dann, wenn sie mit seinem Ufer verwachsen waren.[7] Dies ist um der thatsächlichen Schwierigkeit der Beurtheilung dieses Umstandes willen bei uns etwas anders geordnet. Der bisherige Eigenthümer ist nämlich schlechthin befugt, das Abgetriebene binnen Jahresfrist zurückzuholen; nach Ablauf dieser Frist hingegen kann sich der Ufernachbar das angetriebene Stück durch Besitznahme aneignen.[8 9]

3. Nach römischem Rechte fiel die im Flusse entstehende Insel — gleichsam als verlassenes Flußbett — den Ufernachbarn bis zur Mittellinie des Flusses an.[10] Im älteren deutschen Rechte dagegen überwog die Ansicht, daß die im öffentlichen Fluß sich bildenden Inseln dem Staate als Regalien zugehörten.[11] Das Landrecht sucht seinen eignen vermittelnden Weg.[12] Es läßt die Insel den Flußnachbaren nicht von selbst zufallen, behält ihnen aber das Recht der Besitzergreifung vor.[13] Dieses Recht erstreckt sich bis zur Mittellinie des Flusses. Jedoch wird diese Linie zur Vermeidung kostspieliger und schwieriger Messungen nicht, wie nach römischem Rechte, der Art gezogen, daß sie den Krümmungen des Flusses folgt, sondern in der Weise, daß zwischen den zwei den Endpunkten der Insel korrespondirenden Punkten der Flußmitte eine gerade Linie gedacht wird. Machen nicht alle Anlieger von ihrem Okkupationsrechte Gebrauch und ist dies durch eine obrig-

---

oder Halbinsel demjenigen Eigenthümer, welcher dasselbe einmal erworben hat. Denn die Anlandung ist nicht etwa unter der Bedingung, daß sie mit dem Ufergrundstück in Verbindung bleibt, in dessen Eigenthum gefallen. Vgl. Anm. 13. Anders Koch zu L. R. I, 9 §. 229.

7) §. 21. J. de rer. div. 2, 1.

8) L. R. I, 9 §§. 223. 224 ff. Hat der bisherige Eigenthümer die Wegnahme des Ufergrundstücks nur versucht oder vorbereitet, nicht aber ausgeführt, so hindert dies richtiger Ansicht nach die Besitznahme durch den Ufernachbar nicht, da das Gesetz die Aneignung nur im Fall wirklicher Wegnahme innerhalb jener Zeit ausschließt. Dagegen kann, wer den Andern an der Zurücknahme des Angelandeten hinderte, in Gefolge seiner eignen unerlaubten Handlung nicht erwerben.

9) Eine Entschädigungspflicht des Okkupanten nimmt man nicht an. Vgl. Gruchot Bd. 7 S. 98.

10) §. 22. J. de rer. div. 2, 1. l. 29. l. 30. pr. D. de a. r. d. 41, 1.

11) Zwar erkennt der Sachsenspiegel die römischen Grundsätze über die Flußinseln an, II, 56. §. 2 und 3. Doch ist dies selbst im sächsischen Rechte nicht durchgedrungen. Sächsischer Befehl von 1563. Cod. Aug. II. p. 715. Kraut Grundriß §. 90.

12) L. R. I, 9 §. 242 ff. Eine Insel entsteht im Rechtssinne nicht „quum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit." l. 30. §. 2. D. de a. r. d. 41, 1. L. R. I, 9 §. 243.

13) Die einmal erworbene Insel gilt als selbständiges Grundstück, so daß der Besitzer ihrer Ufer das Recht auf Anschwemmungen, im Flusse entstehende Inseln u. s. f. hat, wie jeder Ufernachbar. Vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 38 S. 52, Präj. 2696. Anders Präj. 809. Siehe auch l. 56. D. de a. r. d. 41, 1.

Digitized by Google

keitliche Aufforderung konstatirt, so können die andern Flußnachbaren die staatliche Ueberweisung der nicht okkupirten Inseltheile für sich fordern.[14] Es ist außerdem jeder Ufernachbar befugt, sich die Insel auch über seinen Theil hinaus durch dreijährigen Besitz, also eine anomale Ersitzung, anzueignen.[15]

4. Auch auf das verlassene Flußbett[16] haben die Uferanlieger ein Vorrecht.[17] Doch gilt dieser Satz nicht in der römischen Unbedingtheit. Insbesondere gehört dem Staate das verlassene Bett dann, wenn er selbst dem Strome durch einen Durchstich ein anderes Bett angewiesen hat.[18] Auch muß der Erwerber eines verlassenen Bettes in Folge eines Billigkeitssatzes den Eigenthümern der überströmten Gelände Entschädigung aus dem Bette oder aus dessen Werth gewähren.[19]

5. Für alle Arten des Erwerbs nach Uferrecht ist noch hervorzuheben: Geschah die Verengung oder Verlegung des Flußbettes durch Aufwendungen eines Dritten, und hat sich der Flußanlieger den hierdurch gewonnenen Boden zugeeignet, so liegt hierin eine Genehmigung der Geschäftsführung des Dritten, welche den Anlieger verpflichtet, zu den Kosten verhältnißmäßig beizutragen.[20] Es versteht sich ferner, daß sich die Eigenthümer auf Grund des staatlichen

---

14) L. R. I, 9 §. 254 ff.

15) L. R. I, 9 §. 257. Gilt dies nur für den Fall, daß die Insel noch niemals von dem zunächst Berechtigten okkupirt war oder auch dann, wenn die Insel, welche dieser dereinst okkupirt hatte, drei Jahre lang von dem Erwerbslustigen ruhig besessen war? Das Landrecht wollte an diesem Orte doch wohl nur die erste Erwerbung der Insel regeln, so daß wir uns für die erste Alternative entscheiden müssen. Jedenfalls ist aber auch diese Ersitzung ausgeschlossen, wenn der erste Erwerber sein Eigenthumsrecht an der Insel im Grundbuche vormerken ließ. — Nur ein Ufernachbar, nicht jeder Dritte hat übrigens dies Ersitzungsrecht.

16) §§. 23. 24 J. de rer. div. 2, 1. L. R. I, 9 §. 270 ff.

17) Es fällt ihnen das Bett nach dem Gedanken des Landrechts nicht von selbst an, wie in Rom, vielmehr bedarf es der Besitznahme. Koch P. R. I. §. 248. Gruchot Bd. 7, S. 113, vgl. L. R. I, 9 §. 270. Jedoch hält das Obertribunal Besitzergreifung des verlassenen Bettes nicht für erforderlich. Vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 52 S. 40 ff. Striethorst Archiv Bd. 62 S. 109 ff.

18) L. R. II, 15 §§. 70 ff. Hat der Staat das Recht zum Durchstich Andern, z. B. einer Eisenbahngesellschaft eingeräumt, so gilt auch das Bett des abgelassenen Flusses als mit abgetreten. Entsch. des Obertrib. Bd. 45 S. 351 ff.

19) L. R. I, 9 §. 271. Vgl. schon Preuß. L. R. von 1721 Buch III. Tit. 1. Art. 5 §. 2. Die Wahl, ob Land oder Werth zu leisten ist, hat allgemeinen Grundsätzen nach der Verpflichtete. Das Eigenthum am Flußbett erhalten die Entschädigungsberechtigten erst durch die Auflassung Seitens der Entschädigungsverpflichteten. Das Zugetheilte tritt als Surrogat in die dinglichen Belastungen des überströmten Geländes. Doch ist dies, beim Fehlen positiver Bestimmungen hierüber, nicht zweifellos. Vergl. oben §. 187.

20) L. R. I, 9 §. 264. Entsch. des O. T. Bd. 37 S. 71 gründet den Anspruch auf nützliche Verwendung. Es wird dort die Behauptung zurückgewiesen, daß der Erwerb des Eigenthums der Uferbesitzer von der Bedingung des Beitrags zu den Kosten abhängig sei.

Digitized by Google

Expropriationsrechts das Wegräumen von Anschwemmungen und Inseln gefallen lassen müssen, falls dies im allgemeinen Interesse liegt. Aber als eine Reminiscenz der Regalitätstheorie ist es anzusehen, daß für solches Wegräumen im öffentlichen Flusse Entschädigung nur geleistet wird,[21] wenn die Nutzung bereits fünfzig Jahre bestand.[22]

Was die dingliche Rechtsstellung des nach Uferrecht gewonnenen Geländes betrifft, so wird man anzunehmen haben, daß Anschwemmungen, welche die Grenze unmerklich hinausrücken, als Theile des ursprünglichen Grundstücks seinen Belastungen unterworfen sind. Dagegen bilden die sonstigen nach Uferrecht erworbenen Grundstücke selbständige Objekte, so daß sie den Belastungen des Ufergrundstücks an sich nicht unterliegen[23] und daher auf Antrag des Erwerbers als besondere Grundstücke lastenfrei im Grundbuche eingetragen werden können.

Die dargestellten Grundsätze gelten im Allgemeinen nicht bloß für öffentliche, sondern auch für Privatflüsse. Dagegen nicht für geschlossene Gewässer, Teiche und Seen.[24]

B. Der mittelbare Eigenthumserwerb.[1]

§. 238. Die Tradition.

Zur vertragsmäßigen Sachveräußerung ist nothwendig der übereinstimmende Wille des bisherigen Eigenthümers, Eigenthum zu übertragen, und des Empfängers, solches zu erwerben. An sich wäre nun denkbar, daß dieser nackte Wille verfügungsfähiger Parteien zur Uebertragung genügte. Allein das Recht ist geneigt, den Akt der Eigenthumsübertragung, da er auch für Dritte von Einfluß ist, an Formen zu knüpfen, welche ihm eine äußere Erkennbarkeit geben. Solche waren im älteren römischen Rechte für italische Grundstücke und andre res mancipi die mancipatio, und die in iure cessio. Im jüngsten römischen Rechte wurde die Tradition ausschließliche Form.[2] Sie empfiehlt sich einfach dadurch, daß sie das praktische Ziel der

21) L. R. I, 9 §. 258 ff.

22) Anstatt unvordenklicher Zeit. Vgl. oben §. 179.

23) So unterscheidet das römische Recht in l. 9. §. 4. D. de usufructu 7, 1. cfr. l. 3. §. 2. D. de aqua 43, 20. Dernburg Pfandrecht I. S. 433. — Vgl. auch Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 30.

24) L. R. I, 9 §. 267 ff. l. 12. pr. D. de a. r. d. 41, 1. Man hat das Uferrecht auch auf Anspülungen in Meeresarmen, z. B. dem Haff, bezogen, welche ähnlich wie Flüsse von Land umgeben sind. Entsch. des Obertrib. Bd. 28 S. 312.

1) L. R. I, 10. Gruchot Bd. 8 S. 402 ff. S. 560 ff. Leist Mancipation und Eigenthumstradition 1865. Exner Rechtserwerb durch Tradition nach östr. und gemeinem Rechte 1867.

2) Gaj. Inst. II. §. 22 ff. §. 40. J. de rer. div. 2, 1. l. 20. C. de pactis 2, 3.

Digitized by Google

Eigenthumsübertragung, die Verschaffung der thatsächlichen Verfügungsmacht, unmittelbar verwirklicht und zusammengehörige Dinge, nämlich Uebertragung des Eigenthums und des Naturalbesitzes wirklich in Zusammenhang bringt. Dann dient die Uebergabe auch dazu, den Uebergang des Eigenthums der Regel nach für Dritte erkennbar zu machen. Allerdings aber kann die Tradition diese wichtige Aufgabe nicht immer lösen, da es Weisen der Besitzübertragung, wie z. B. das constitutum possessorium, giebt, welche sich durch den bloßen Willen der Handelnden vollziehen und an dem äußern Zustande nichts verändern.

Das Landrecht entnahm dem römischen Rechte die Tradition als allgemeine Form für die freiwillige Veräußerung der Sache.[3] Doch hat dies im allgemeinen Bewußtsein keine Wurzel gefaßt. Bei Grundstücken stieß die Nothwendigkeit der Naturalübergabe für den Eigenthumsübergang insbesondere auf Opposition[4] und sie verflüchtigte sich wenigstens in der Praxis, indem ein bloßes Uebertragungsbekenntniß vielfach ihre Stelle vertrat, um die Eintragung des Erwerbers im Hypothekenbuche vor realer Erfüllung herbeizuführen.

Die einzelnen Erfordernisse der Eigenthumsübertragung durch Tradition nach Landrecht sind

1. die Uebertragung des juristischen Besitzes. Es ist hierbei nicht eine Uebergabe von Hand zu Hand erfordert, vielmehr genügt auch die sogenannte uneigentliche Tradition, also jeder Vorgang, durch welchen die Sache der thatsächlichen Verfügung des Erwerbers überantwortet wird.[5] [6]

---

3) Vgl. oben §. 186.

4) Bekanntlich bestand schon vor Erlaß des Landrechts die sich auch später fortsetzende Streitfrage, ob die Einwilligung in die Umschreibung des Besitztitels — als Civiltradition — die Uebergabe des Naturalbesitzes bezüglich der Eigenthumsfrage nicht ersetze. So Reskript vom 24. August 1784 ad VI. Reskript vom 26. Mai 1804. Diese Auffassung wurde jedoch durch neuere Reskripte und die Jurisprudenz des Obertribunals beseitigt.

5) Es ist aber auch hinreichend, daß derjenige, welcher ein auf die Eigenthumserwerbung gerichtetes Geschäft geschlossen hat, den Besitz sine vitio erhielt, da hier dem etwa vindicirenden Eigenthümer eine exceptio doli entgegentritt. Striethorst Archiv Bd. 17 S. 13 ff. l. 1. §. 5. D. de exceptione rei venditae et traditae 21, 3.

6) Bei Seeschiffen und Antheilen an Seeschiffen hat das Erforderniß der besondern Tradition im Brauche des Lebens keinen Boden gewinnen können. Daher bestimmte das L. R. II, 8 §. 1396, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich bedungen worden sei, so werde angenommen, daß die Uebergabe durch die Vollziehung des Verkaufsgeschäfts geschehen sei. An die Stelle dieser Bestimmung ist Art. 439 des d. H. G. B. getreten, wonach die Uebergabe „durch die unter den Kontrahenten getroffene Vereinbarung ersetzt werden kann, daß das Eigenthum sofort auf den Erwerber übergehen soll." Das Wort sofort bedeutet nur ohne besondere Tradition. Goldschmidt Handelsrecht §. 79 Anm. 19. Es sind daher auch bedingte und betagte Eigenthumsübertragungsverträge wirksam. Ausdrücklich muß die Vereinbarung nicht sein, es ist nur nothwendig, daß der Wille des Eigenthumsübergangs deutlich erkennbar sei.

Digitized by Google

Der nichtbesitzende Eigenthümer kann, wo die Tradition die ausschließliche Form freiwilliger Veräußerung ist, das Eigenthum nicht unmittelbar übertragen. Jedoch ist ihm möglich, seine Eigenthumsklage abzutreten, so daß mittels derselben der Cessionar den Besitz erstreitet und hierdurch Eigenthümer wird.

2. Die Tradition überträgt nur dann Eigenthum, falls ihr der übereinstimmende auf den Eigenthumsübergang gerichtete Wille der Kontrahenten zu Grunde liegt. Dieser Uebertragungswille steht in einem nothwendigen innern Zusammenhange mit der ihn bestimmenden Absicht, der causa oder dem Rechtsgrunde der Tradition, z. B. Kauf, Tausch, Schenkung, Darlehen. Hierbei aber ist eine doppelte Weise der Betrachtung und Behandlung möglich.

a) Das römische Recht ließ grundsätzlich nur den Uebertragungswillen über den Eigenthumsübergang entscheiden.[7] Aber freilich ist ein Uebereignungswille nur denkbar, wenn wenigstens subjektiv dem Handelnden die Vorstellung eines denselben rechtfertigenden Grundes vorschwebt und grade dieser Grund tritt als das die Betheiligten Bestimmende in deren Erklärungen und Verhandlungen vorzugsweise hervor. Daher hatte die causa im römischen Rechte die Bedeutung des regelmäßigen Erkennungszeichens des Uebereignungswillens. Wenn nämlich die Uebergabe einer Sache auf Grund eines Kaufs, Tauschs, Darlehens erfolgte, so ließ sich auf den Willen, Eigenthum zu übertragen, mit Sicherheit schließen, während der Wille, Eigenthum zu verleihen, bei Uebergabe auf Grund einer Leihe, Miethe, Verpfändung nicht zu unterstellen war. Nach dieser Behandlung war aber den Römern die Realität und Gültigkeit der causa keine Bedingung des Eigenthumserwerbs durch Tradition, vielmehr genügte schon die irrige Vorstellung eines Grundes beim Tradenten, sofern dieselbe nur den Uebergangswillen hervorrief.[8]

b) Dagegen ist nach einer andern — auch dem Landrechte angehörigen — Auffassung der Eigenthumsübergang geradezu abhängig von dem Bestehen eines Rechtsgrundes, welchen das Recht für genügend erkennt, um einen Eigenthumsübergang zu vermitteln. Daher z. B. der Gläubiger nicht Eigenthümer wird, wenn auch die Kontrahenten einverständlich wollen, daß er zum Zwecke der Pfandsicherung Eigenthum am Faustpfand erhalte, weil hier der die Uebertragung rechtfertigende Titel fehlt.[9] Nach diesem System könnte

---

7) Strempel über die iusta causa bei der Tradition, Dernburg im Archiv für civ. Pr. Bd. 40 S. 1 ff. Goldschmidt Handelsrecht II. S. 809.

8) Doch widersprechen sich scheinbar l. 36. D. de a. r. d. 41, 1 und l. 18. pr. D. de r. c. 12, 1; vgl. hierüber Dernburg l. c., Bangerow I. §. 311 Anm. 3.

9) L. R. I, 11 §. 326. Ebensowenig kann man bei uns so durch Tradition deponiren, kommodiren, vermiethen, daß der Depositar, Kommodatar, Miether Eigen-

Digitized by Google

konsequentermaßen Eigenthum auch dann nicht durch die Tradition übergehen, wenn sie behufs einer Zahlung geleistet ist im irrthümlichen Glauben an die Existenz einer Schuldverpflichtung, die nicht besteht. Doch wird die condictio indebiti auch im preußischen Recht als persönliche Klage behandelt.[10] [11]

Auch ein bedingter und betagter Eigenthumsübertragungswille kommt bei der Tradition vor. So ist z. B. beim Geldwechseln die Eigenthumsübertragung der hingegebenen Stücke regelmäßig als von der Bedingung Zug um Zug erfolgender Gegenleistung abhängig[12] zu denken. Dagegen besteht bei uns der Satz des römischen Rechts nicht, daß der Eigenthumsübergang beim Kauf allgemein durch Zahlung oder Kreditirung des Kaufpreises bedingt sei.[13]

3. Letztlich hängt der Eigenthumsübergang auch von der Veräußerungs- und Verfügungsfähigkeit des Tradenten, insbesondere von dessen Eigenthumsrecht an der tradirten Sache ab. Wer also vom Nichteigenthümer, wenn auch redlicherweise, erwirbt, erhält auch bei uns nur Ersitzungsbesitz, nicht Eigenthum, wenn nicht einer der allerdings zahlreichen Ausnahmsfälle vorliegt, in welchem der gute Glaube des Erwerbers das mangelnde Recht des Autors ersetzt.[14] Erwirbt der veräußernde Nichteigenthümer nach dem Traditionsakte Eigenthumsrecht an der tradirten Sache, so konvalescirt bei uns das Recht des Erwerbers geradezu, während die Römer einen wahren Eigenthumsübergang, weil der Akt der Uebertragung seinerzeit unwirksam war, nicht anerkannten, vielmehr nur durch exceptio und replicatio rei venditae et traditae halfen.[15] Ebenso konvalescirt die durch den Erblasser

---

thümer der anvertrauten Sache sein soll, oder ein Mandat der Art vornehmen, daß der Mandatar an den zur Verwaltung übergebenen nicht fungibeln Objekten Eigenthümer wird.

10) Vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 40 S. 52*.

11) Bei einigen Geschäften ist es zweifelhaft, ob sie als Rechtsgrund des Eigenthumsübergangs angesehen sind. Es können hierüber die Bestimmungen der A. G. O. I. 50 §. 296 ff. verglichen werden, trotzdem, daß sie seit der Einführung der Konkursordnung formelle Gesetzeskraft nicht mehr haben. Hiernach geht insbesondere das Eigenthum an den zum Verkauf in Kommission gegebenen Objekten auf den Verkaufskommissionär nicht über. Vgl. unten Bd. 2 §. 117. Der Pächter erwirbt durch die Uebergabe der Inventarienstücke des Pachtgutes an denselben nach den Gedanken der landrechtlichen Zeit kein Eigenthum, unten Bd. 2 §. 167. Ebensowenig der Arbeiter an den ihm zur Verarbeitung gegebenen Materialien. A. G. O. I. 50 §. 337.

12) Mit Recht ist daher eine Unterschlagung angenommen worden in einem Falle, in welchem Jemand den ihn zum Wechseln übergebenen Fünfthalerschein bei Seite schaffte und unter dem Vorgeben, nur einen Einthalerschein erhalten zu haben, nur den Werth eines Thalers vergütete.

13) §. 41. J. de rer. div. 2, 1. l. 19. l. 53. D. de c. e. 18, 1. Vgl. hierüber Dernburg Kompensation 2te Aufl. S. 57. Exner Tradition S. 345.

14) Vgl. oben §§. 188. 189.

15) l. 1. pr. l. 2. l. 3. D. de exc. rei vend. et trad. 21, 3. l. 72. D. de R. V. 6, 1. S. R. I, 15 §. 10.

Digitized by Google

geschehene Veräußerung von Sachen, die dem Erben gehörten, mit dem Erbschaftserwerb, falls derselbe ohne Vorbehalt des Inventars geschah.[16]

4. Auch das Gericht ist in Folge der heutigen Exekutionsweise befugt, anstatt des Eigenthümers, welcher zur Tradition rechtskräftig verurtheilt ist, dem obsiegenden Theile Besitz und Eigenthum zu übertragen. Der Eigenthumserwerb ist auch in solchem Falle davon abhängig, daß der Verurtheilte Eigenthümer war. Dritten verblieben also ihre Rechte trotz dieses richterlichen Aktes.[17]

In gewissen Fällen ist endlich auch der Pfandgläubiger zur Eigenthumsübertragung durch Tradition berechtigt.[18][19]

§. 239. Tradition durch Uebersendung.[1]

Nach den Grundsätzen des römischen Rechts geht das Eigenthum an einer mittels eines Boten, Frachtführers, der Post oder der Eisenbahn übersendeten Waare nicht mit deren Absendung, sondern erst durch die Ablieferung derselben an den Adressaten über, wenn die Mittelsperson vom Tradenten und nicht vom Adressaten ihren Auftrag erhalten hatte.[2] Unabhängig von der Frage des Eigenthums ist aber dort die des Uebergangs der Gefahr, welcher sich beim Verkauf einer Species bereits an den Vertragsschluß, beim Verkauf einer bloß der Art nach bestimmten Sache an deren Ablieferung knüpfte.[3]

---

16) L. R. I, 15 §§. 8. 9.

17) Vgl. auch oben §. 155 Anm. 5. Verschieden ist also der Fall der öffentlichen Versteigerung durch das Gericht. Oben §. 188.

18) Vgl. unten §. 358 unter 3).

19) Bei der Tradition kommt der wesentliche Irrthum über die Sache, über deren wesentliche Eigenschaften, wie über die Person des Empfängers nach allgemeinen Grundsätzen in Betracht. Fraglich ist aber der Einfluß des Irrthums über das Eigenthum der Sache. Es kommen hier folgende Fälle vor: a. Es tradirt Jemand als Vertreter eines Andern, z. B. als Vormund, seine eigne Sache, die er irrthümlicherweise für die seines Mündels hält. Liegt hierin bloß ein Irrthum in den Motiven? Nach römischem Recht ist die Frage zweifelhaft trotz l. 35. D. de a. r. d. 41, 1, vgl. Savigny III. S. 355, Bangerow I. §. 311 Anm. 3. Bei uns wird man nicht zweifeln, daß der Vertreter, welcher nicht den Willen für sich, sondern Namens eines andern erklärt, Eigenthum nicht überträgt. b. Es tradirt Jemand umgekehrt eine fremde Sache, z. B. die seiner Frau, an welcher er Veräußerungsrecht hat, im Glauben, sie sei die eigne. Auch hier verliert die Frau ihr Eigenthumsrecht nicht, weil ihr Mann nicht an ihrer Statt handeln wollte. c. Es tradirt Jemand die eigne Sache in eignem Namen im Glauben, sie sei eine fremde, oder der Empfänger ist in solchem falschen Glauben. Hier geht Eigenthum über. Denn plus est in re, quam in existimatione. Vgl. ferner Exner Tradition S. 281 ff. Ihering Jahrb. II. S. 149 ff.

1) Vgl. Goldschmidt Handelsrecht §. 82. Gruchot Beitr. Bd. 9 S. 392.

2) l. 65. pr. D. de a. r. de 41, 1.

3) Vgl. unten Bd. 2 §. 138 Anm. 3.

Digitized by Google

Das preußische Recht kam dadurch zu abweichenden Resultaten, daß es gemäß der älteren Lehre den Uebergang der Gefahr mit dem Eigenthumswechsel zusammenfallen ließ. Da man nun die Gefahr beim Kauf, ohne Unterschied, ob es sich um ein Genus oder eine Species handelte, der Meinung des Verkehrs entsprechend, an die Absendung knüpfte, so nahm man mit dieser auch den Eigenthumsübergang an. Dabei setzte man aber voraus, daß der Tradition ein genügend präcisirter und rechtsverbindlicher Kaufvertrag vorhergegangen sei, und daß die Uebersendung entweder nach Anweisung des Käufers geschah, oder dem Gutfinden des Verkäufers überlassen war.[4] Die nothwendige Konsequenz des mit der Absendung sich vollziehenden Wechsels des Eigenthums wäre gewesen, daß dieses dem Adressaten durch Anweisungen, welche der Absender dem Frachtführer noch zukommen ließ, nicht mehr entzogen werden konnte, wenn der Frachtführer denselben auch seinem Vertragsverhältniß zum Absender gemäß gehorchte. Gleichwohl hat man, von einem natürlichen Rechtsgefühl geleitet, diese Konsequenz gerade in dem Falle verleugnet, in welchem sie vor Allem praktisch wäre, im Konkurse des Adressaten. Der Absender kann nämlich dann die verkauften und abgesendeten Waaren noch als ihm gehörig in Anspruch nehmen, wenn sie nicht schon vor der Konkurseröffnung in das Waarenlager oder einen andern Aufbewahrungsort des Schuldners oder eines zur Empfangnahme von diesem beauftragten Dritten abgeliefert wurden. Der Absender wird in Folge einer Fiktion für diesen Fall noch als Eigenthümer behandelt, weshalb auch seine Klage gegen die Masse vom Gesetze als Vindikation bezeichnet wird.[5] Ausgeschlossen ist die Vindikation gegenüber der Masse, wenn der Kaufpreis bereits vollständig berichtigt ist, oder die Konkursmasse die Verbindlichkeit des Käufers vollständig erfüllt. Die Klage kann nicht gerichtet werden gegen Dritte, welche die Waaren vor der Konkurseröffnung redlicherweise zu Eigenthum oder Pfandrecht erworben haben.[6]

---

4) L. R. I, 11. §. 128 ff. Vgl. code de comm. art. 100, österreich. b. G. B. §. 429.

5) Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §. 26 ff. R. K. O. §. 36. Die Klage ist eine utilis rei vindicatio. Goldschmidt faßt dieselbe a. a. O. S. 870 als eine besondre Species der restitutio in integrum.

6) Eine Vindikation durch den Verkäufer im Konkurse des Käufers kommt in den modernen Rechten bald in einer umfassenderen, bald in begrenzterer Weise vor. Vgl. Goldschmidt Handelsrecht II. S. 859. 1) In umfassender Weise der Art, daß die Waare, welche nur kurze Zeit vor dem Konkurse in den Besitz des Käufers gelangt ist, noch vindicirt werden kann. Dies Vindikationsrecht erkannte innerhalb der Zeit von drei Tagen die A. G. O. I, 50. §. 305 an. Vgl. code civ. art. 2102, code de comm. art. 100. 576. Es lag hierin ein Ersatz für die römische Regel, daß das Eigenthum erst übergehe, wenn der Kaufpreis bezahlt oder doch wenigstens kreditirt war. 2) Das beschränktere Vindikationsrecht der K. O. a. a. O. §. 26 ff. findet sich vorzugsweise im englischen Rechte ausgebildet, nach Goldschmidt a. a. O. S. 866.

Digitized by Google

Das deutsche Handelsgesetzbuch hat sich wieder dem gemeinen Rechte genähert. Allerdings bezeichnet es den Zeitpunkt des Eigenthumsübergangs am abgesendeten Gute nicht ausdrücklich, jedoch unterstellt es das Eigenthum des Verkäufers während des Transportes.[7] Hierauf fußt, daß es den Frachtführer schlechthin verpflichtet, den Anweisungen des Absenders — z. B. wegen Zurückgabe des Guts oder wegen dessen Auslieferung an einen Dritten — so lange Folge zu leisten, bis er dem Adressaten nach Ankunft des Guts am Bestimmungsorte den Frachtbrief übergeben hat.[8] Dagegen stimmt das Handelsgesetzbuch darin mit dem Landrecht überein, daß der Käufer die Gefahr der Waare nach deren Uebergabe an den Frachtführer trägt, wenn nicht der Verkäufer von der besondern Anweisung des Käufers über die Art der Uebersendung ohne dringende Veranlassung abwich.[9]

§. 240. Die Uebertragung der Grundstücke durch Auflassung.[1]

Für die freiwillige Veräußerung von Grundstücken, von Bergwerken und von eingetragenen selbständigen Gerechtigkeiten ist die legitime Form seit dem 1. Oktober 1872 einzig die Auflassung in Verbindung mit der Eintragung des Aufgelassenen in das Grundbuch.[2] Der Eigenthumserwerb vollzieht sich durch Tradition, wenn ein Grundbuchblatt noch nicht angelegt werden konnte,[3] was sich für die Rechtsanwendung schon daraus ergiebt, daß es zur Eröffnung desselben noch nicht gekommen ist.[4]

Die Verwandtschaft der neuen Auflassung mit dem gleichnamigen ältern deutschen Institut[5] beruht mehr auf der äußern Form — nämlich der Vollziehung des Akts vor dem Richter der belegenen Sache —, als auf der

---

7) Vgl. Protokolle S. 632 ff.

8) H. G. B. Art. 402. Dagegen geht mit der Uebergabe des Konnossements Besitz und Eigenthum der Waaren auf den Empfänger über; vergl. oben §. 152 Anm. 7.

9) H. G. B. Art. 345.

1) Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 §. 1 ff. Achilles bei Gruchot Bd. 21 S. 1 ff. Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. Bd. I. S. 276 ff., vgl. auch Stobbe die Auflassung des deutschen Rechts in Iherings Jahrbuch Bd. 12 S. 137 ff.

2) §. 1 des Gesetzes vom 5. Mai über den E. E. Ueber die Veranlassung der Neuerung siehe oben §. 199.

3) G. B. O. §. 49.

4) Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 275, anders O. Trib. Entsch. Bd. 77 S. 269 ff. Auch wer sich auf unsern Standpunkt nicht stellt, wird zugeben müssen, daß dem Tradenten und seinen Rechtsnachfolgern, da sie nicht eingetragen sind, die exceptio rei venditae et traditae entgegenstehen müßte. Auch könnte nur der Erwerber als im vollständigen Eigenthumsbesitz die Anlegung des Grundbuchblatts und seine Eintragung bewirken G. B. O. §. 135; das Recht des Veräußerers wäre daher bedeutungslos.

5) Vgl. Kraut Grundriß §. 78. Insbesondere Berm. Sachsenspiegel I. 25. pr.

Digitized by Google

innern Bildung. Denn bei der Auflassung des ältern deutschen Rechts wurde das zu Grunde liegende Veräußerungsgeschäft mitverlautbart. Unsre Auflassung hingegen ist ein sogenanntes abstraktes Rechtsgeschäft,[6] da sie den Erwerb des Eigenthums auf die nackte, von jeder Beziehung auf das zu Grunde liegende Geschäft absehende Willenserklärung der Uebereignung gründet, theils um hierdurch den Vortheil zu erreichen, daß der Grundbuchrichter seine Prüfung bei der Eintragung des Erwerbers nicht auf die der Uebertragung zu Grunde liegenden Geschäfte zu erstrecken hat, theils um den Verkehr mit Grundstücken trotz der gerichtlichen Form möglichst zu erleichtern. So tritt dieser Akt an die Seite der römischen cessio in iure, bei welcher in ähnlich abstrakter Weise vor Gericht Eigenthum übertragen wurde.[7] Ihrem Inhalt nach lassen sich aber in der Auflassung zwei aufs engste mit einander verknüpfte Bestandtheile unterscheiden. Einmal bekundet sich in ihr der beiderseitige Wille der Mitkontrahenten, daß das Eigenthum auf den Aufgelassenen übergehe. Hierdurch tritt sie an die Stelle der bisherigen Tradition, deren innerer Kern gleichfalls war, daß sich in ihr der beiderseitige Wille der Eigenthumsübertragung verkörperte. Andrerseits spricht die Auflassung dem Grundbuchamt den Antrag und die Bewilligung aus, daß das Eigenthum auf den neuen Erwerber umgeschrieben werde. Daher hat z. B. das Datum ihres Anbringens die Ordnung der Eintragung im Buche in Kollisionsfällen mit andern zur Eintragung angemeldeten dinglichen Rechten zu bestimmen.[8]

Indem sich so die Erklärung des Willens der Uebertragung nothwendigerweise mit dem Antrag auf Eintragung des Aufgelassenen als Eigenthümers im Buche verknüpft, ergiebt sich die Folge, daß fortan Grundstücke im Wege freiwilliger Veräußerung nicht mehr unter einer aufschiebenden Bedingung zu Eigenthum übertragen werden können. Denn auf Grund eines suspensiv bedingten Uebertragungswillens kann zwar die Einschreibung einer Vormerkung im Buche begehrt, nicht aber, was für die Auflassung wesentlich ist, die Eintragung auf das Eigenthumsblatt beantragt werden, da dort nur der derzeitige Eigenthümer verzeichnet wird. Unzulässig ist auch,

6) Es fällt also die Eigenthumsübertragung durch Auflassung unter dieselbe Kategorie von Geschäften, wie der Wechsel. Vgl. Kuntze Wechselrecht S. 43. Doch können die Betheiligten in der Auflassungserklärung das Rechtsgeschäft, welches der Auflassung zu Grunde liegt, bezeichnen; auch sind dieselben befugt, eine Ausfertigung oder Abschrift der über das Rechtsgeschäft errichteten Urkunde zu den Akten zu geben. G. B. O. §. 48. Abs. 2. Legen die Kontrahenten nicht eine Urkunde über ein Veräußerungsgeschäft vor, von welchem Stempel entrichtet ist, so ist ein Auflassungsstempel von einem Procent des Sachwerths zu entrichten; um deswillen ist die Vorlage Regel.

7) Gaj. Inst. II. §. 24. Vgl. auch etwa Leist Mancipation S. 36 ff.

8) Vgl. oben §. 200.

Digitized by Google

ein Grundstück von einem bestimmten Termin ab, z. B. dem 1. Januar künftigen Jahres, im voraus aufzulassen, da sich die Eintragung sofort an die Auflassung anzuschließen hat.

Die Auflassung überträgt Eigenthum nur in Verbindung mit der Eintragung im Grundbuche.[9] Sie bildet mit ihr zusammen den sogenannten Modus des Eigenthumserwerbs. Eine Auflassung also, deren Eintragung in Folge richterlicher Nachlässigkeit oder höherer Gewalt, z. B. Feindeseinbruch, Brand, unterbliebe, wäre inzwischen unkräftig.[10] Ist nun aber für die Eintragung der Rechtszustand zur Zeit ihrer Vollziehung maßgebend, oder bildet sie nur die gesetzlich nothwendige Bekundung der Auflassung, auf welche sie sich stützt? Man denke, der Aufgelassene stirbt plötzlich nach der Auflassung, vor der Eintragung, oder er verliert in dieser Zwischenzeit die Fähigkeit zur Veräußerung des Grundstücks. Nach der ersteren Auffassung wäre die Eintragung hier unzulässig und nichtig, da ein Verstorbner nicht mehr Eigenthum erwerben kann. Nach der zweiten Betrachtungsweise wäre sie noch zulässig und gültig, da es sich nur um Bekundung des Zustandes zur Zeit der Auflassung handeln würde. Wir werden uns der letzteren Ansicht anschließen, da das Gesetz vor der Eintragung vom Richter nur die Prüfung der Rechtsgültigkeit der Auflassung fordert[11] und diese Behandlung der Sache auch die angemessenere und billigere ist. Verwandt ist die Frage, ob der Eigenthumsübergang rückwärts vom Augenblick der Auflassung an zu datiren oder von der Eintragung an zu rechnen sei? Für das Letztere scheint die Rechtskonsequenz zu sprechen, da erst die Eintragung den Eigenthumsübergang vollendet. Die erstere Ansicht ist aber gleichwohl die richtige, da der Zweck der Eintragung nur darin besteht, den in der Auflassung erklärten Uebertragungswillen zu bekunden und damit zur Wirksamkeit zu bringen. Im Verhältniß

---

9) Die Eintragung soll sich unmittelbar an die Auflassung anschließen, G. B. O. §. 48 Abs. 3. Natürlich ist dies nur eine instruktionelle Vorschrift. Die Auflassung verliert ihre Gültigkeit nicht, wenn auch zwischen beiden Akten ein längerer Zwischenraum liegen sollte.

10) Hinsichtlich der Gestaltung der Auflassung standen sich in den Häusern des Landtags zwei Ansichten entgegen. Die eine — durch Bähr, vgl. Iherings Jahrb. XI. S. 75 ff., vorzugsweise vertreten — wollte den Eigenthumsübergang an die Auflassung als solche knüpfen, indem ihr das privatrechtliche Moment überwog, daß durch dieselbe der Uebertragungswille der Parteien beidseitig formell erklärt war, die Eintragung hätte sich nach dieser Ansicht dem Eigenthumserwerb durch Auflassung nur hinzugesellt, um dem Aufgelassenen das Recht der dinglichen Belastung und der Veräußerung beim Grundbuchamt zu verschaffen. Dagegen der Regierungsentwurf und die Mehrheit des Landtags von dem mehr publicistischen Gesichtspunkte ausgehend, daß es im allgemeinen Interesse liege, Eigenthumserwerb und Eintragung möglichst zu identificiren, forderte zur freiwilligen Veräußerung die auf Grund der Auflassung erfolgte Eintragung.

11) G. B. O. §. 46.

Digitized by Google

zu Dritten entscheidet aber freilich erst die in der Eintragung liegende Jenen erkennbare formelle Deklaration.

Im Falle der Abtretung eines Trennstücks zu Gunsten der im §. 2 der Grundbuchordnung erwähnten öffentlichen juristischen Personen und öffentlichen Zwecke kann die Eintragung des Aufgelassenen auf dessen Antrag durch die Abschreibung des Trennstücks auf dem Blatte des Stammgrundstücks ersetzt werden.[12]

§. 241. Voraussetzungen und Form der Auflassung.

Die Voraussetzungen der Rechtsgültigkeit der Auflassung sind theils besondere, in dem eigenthümlichen Wesen dieser Form beruhende, theils die allgemeinen eines jeden Veräußerungsgeschäfts.

1. In Folge der Verknüpfung der Auflassungserklärung mit der Eintragung ist vorausgesetzt, daß der Auflassende als Eigenthümer im Buche eingetragen, daß er nach dem gesetzlichen Ausdruck „eingetragener Eigenthümer" sei.[1] Selbst die im §. 2 der Grundbuchordnung bezeichneten Personen, welche ihnen gehörige, nichteingetragene Grundstücke im Wege freiwilliger Veräußerung Andern übertragen wollen, bedürfen daher der eigenen Eintragung vor dem Vollzug der Auflassung. Auch für den Erben des eingetragenen Erblassers ist die eigene Eintragung nothwendig. Nur Miterben können nach besonderer Bestimmung ein ererbtes Gut auflassen, trotzdem daß sie nicht als Eigenthümer im Grundbuche eingetragen sind.[2] Ein zureichender Grund für die verschiedene Behandlung der Miterben und des Alleinerben besteht freilich nicht.

---

12) Vgl. oben §. 193 Anm. 10. G. B. O. §. 59. Die Auflassung muß hier in der Weise geschehen, daß der eingetragene Eigenthümer die Abschreibung des Trennstücks bewilligt und der Erwerber sie unter Angabe des Sachverhältnisses beantragt. Ueber andre Auffassungen vgl. Turnau G. B. O. §. 59 n. 5. Bd. 1 S. 237.

1) Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 2. Wie gestaltet sich die Sache inskünftige, wenn derjenige, welcher mit dem Eingetragenen ein Veräußerungsgeschäft abgeschlossen hat, ehe er selbst eingetragen ist, weiter veräußert, z. B. der eingetragene Eigenthümer A verkauft dem B, der B dem C. Es kann natürlich B nicht eher dem C auflassen, bevor er selbst Auflassung und Eintragung von A erlangt hat. Kann aber B seinen Anspruch auf Auflassung gegen den A dem C cediren oder ist diese Verpflichtung eine nicht abtretbare? Wir müssen uns für die Abtretbarkeit erklären, da diese überhaupt Regel ist, so daß aber A dem C dieselben Einreden entgegenstellen kann, wie dem B. Um indessen einem etwaigen Zweifel über die Cessibilität des Anspruchs auf Auflassung zu begegnen, ist es zweckmäßig, in den Veräußerungsverträgen zu bestimmen, daß der Verkäufer verpflichtet sei, das Grundstück dem Käufer oder demjenigen, welchen derselbe bezeichnen wird — unter den vereinbarten Bestimmungen, z. B. wegen einer Anzahlung — aufzulassen, eine Verpflichtung, welche durch Eintragung einer Vormerkung sogar einen dinglichen Charakter erhalten kann. So findet sich wohl auch schon jetzt die Formel: der Verkäufer verpflichtet sich, das Grundstück dem Käufer oder „an dessen Ordre" zu übergeben!

2) Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 5. Abs. 2. Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. Bd. 1 S. 341.

Digitized by Google

Kann gleich nur der Eingetragene nach dem Gesetze auflassen, so sollte damit doch keineswegs bestimmt werden, daß jeder Eingetragene ohne weiteres zu einer Eigenthumsübertragung befähigt sei. Vielmehr muß der Eingetragene, damit er Eigenthum übertrage, gemäß der allgemeinen Grundsätze des Rechts auch wirklich der Eigenthümer sein, falls nicht der Glaube des Buchs den Aufgelassenen um deswillen deckt, weil er in redlicher Meinung gegen Entgelt erwarb.[3] Es ist dies besonders wichtig für diejenigen Fälle, in welchen der im Grundbuch Eingetragene vor dem 1. October 1872 das Grundstück bereits durch Verkauf und Tradition veräußert hatte, ohne daß eine Umschreibung auf den Erwerber erfolgt war. Sollte der noch Eingetragene in solchen Fällen trotzdem, daß er nicht Eigenthümer ist, einem Dritten auflassen, so erwirbt der Aufgelassene, welcher das Sachverhältniß kannte, wegen des mangelnden Rechts seines Vorfahrs das Eigenthum des aufgelassenen Grundstücks nicht.[4] — Ueberhaupt finden die allgemeinen Vorschriften über Veräußerungs- und Erwerbsfähigkeit, über den Beitritt gesetzlicher Vertreter, z. B. der Ehemänner bei Geschäften der Ehefrauen, wie über die Einwilligung oder Genehmigung vorgesetzter Aufsichtsbehörden auch auf die Auflassung Anwendung.[5]

An Stelle des eingetragenen Eigenthümers wie des Aufzulassenden können Bevollmächtigte handeln. Ihre Vollmacht muß nach den Vorschriften

---

3) Der Ausdruck „eingetragener Eigenthümer" ist zweideutig. Derselbe bezeichnet unter Umständen denjenigen, welcher als Eigenthümer eingetragen ist, ohne daß beachtet wird, ob er in Wirklichkeit der Eigenthümer ist. So im §. 7 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb. In anderen Fällen aber ist mit dem Ausdruck gemeint der wahre Eigenthümer, welcher auch eingetragen ist. Dieser Sinn ist der regelmäßige, da er der dem Wortlaute entsprechende ist, und insbesondre hier zu Grunde zu legen. Der Grundbuchrichter hat freilich den Mangel des Eigenthums des als Eigenthümer Eingetragnen nur dann von Amtswegen zu beachten, wenn derselbe gerichtskundig ist.

4) Andre vertheidigen, noch weiter gehend, die Ansicht, daß wer vor dem 1. Oktober 1872 durch Titel und Tradition Eigenthum erwarb, ohne die Eintragung an Stelle des im Buche Stehenden erlangt zu haben, in seiner Eigenthumsstellung durch eine vom Eingetragnen ausgehende Auflassung, wie auch durch die Auflassungen Seitens der eingetragnen Rechtsnachfolger desselben nicht berührt werde, weil sein Eigenthumsrecht durch die Veränderung der Gesetzgebung nach den allgemeinen Grundsätzen über die rückwirkende Kraft der Gesetze und ohne bezügliche Uebergangsbestimmungen nicht deteriorirt werden konnte. Entsch. des Obertribunals Bd. 75 S. 15 ff. Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 252 ff.

5) Ausdrücklich hatte der Entwurf des Gesetzes über den Eigenthumserwerb von 1869 §. 3 vorgeschrieben, „die gesetzlichen Vorschriften über den Beitritt gesetzlicher Vertreter und die Einwilligung oder Genehmigung vorgesetzter Aufsichtsbehörden finden auch auf die Auflassung Anwendung." Dies hat der letzte Entwurf und das endliche Gesetz weggelassen, nicht weil man den hierdurch ausgesprochenen Rechtssatz nicht wollte, sondern weil er sich schon aus den allgemeinen Principien ergiebt. Demnach verlangt §. 46 der G. B. O. vom Grundbuchrichter Prüfung der „Rechtsgültigkeit" der vollzogenen Auflassung nach Form und Inhalt.

Digitized by Google

des preußischen Rechts über die Bevollmächtigung zur Veräußerung und zum Erwerb von Grundeigenthum eine specielle sein, mögen sie nun für den Auflassenden oder den Aufzulassenden auftreten.[6] Kann aber dem Letzteren selbst specielle Vollmacht dahin ertheilt werden, für sich selbst an Stelle des Eigenthümers die Eintragung zu bewilligen, so daß dieselbe Person bei dem Auflassungsakt die doppelte Rolle des Uebereignenden und des Erwerbers zu spielen hat? Die Frage ist zu bejahen.[7]

Eine wichtige Verschiedenheit der Auflassung von der Tradition liegt darin, daß der Tradent Besitzer der übertragenen Sache sein mußte, daß es hingegen der Auflassung nicht im Wege steht, wenn ein Dritter im vollständigen Besitze der aufgelassenen Sache oder eines Theils derselben ist.

2. Zur Auflassung eignen sich die Grundstücke und die gleichgestellten Gerechtigkeiten nur dann, wenn sie im Grundbuche bereits verzeichnet stehen. Zulässig ist auch die Auflassung des ideellen Theils eines Grundstücks, da sie vom Gesetze nicht besonders ausgeschlossen ist; doch wird man nach den allgemeinen Gedanken der Grundbuchordnung die genaue Bestimmung des Antheils des Auflassenden fordern müssen.

3. Wesentlich ist des weiteren der auf die Eigenthumsübertragung gerichtete ernste und freie Wille der beiden Kontrahenten.[8] Eigenthum geht also nicht über, wenn die Auflassungserklärung auf wesentlichem Irrthum beruhte, wenn z. B. das Hausgrundstück Nr. 1 irrthümlicherweise aufgelassen und überschrieben wurde, während die Kontrahenten den Uebergang des Grundstücks Nr. 2 wollten, das auch tradirt wurde. Auch eine simulirte Uebereignung durch Auflassung ist ungültig.[9]

Dagegen ist, wie schon hervorgehoben wurde, der Bestimmungsgrund der Auflassung, ihre causa, für die Frage des Eigenthumsübergangs ohne Gewicht. Dem Auflassenden steht nur eine sogenannte Kondiction gegen den

---

6) L. R. I, 13. §§. 106. 115. Eine s. g. vermuthete Vollmacht genügt nicht.

7) Es liegt widerstreitendes Interesse nicht vor. Turnau G. B. O. Bd. 1 S. 185, Johow Jahrb. Bd. 4 S. 93. — Würden gleichzeitig Anträge auf Auflassung an verschiedne Personen einlaufen, z. B. indem verschiedne Bevollmächtigte auftreten, oder zwei zur Auflassung verurtheilende Erkenntnisse vorgelegt würden, so wären zwar entsprechende Eintragungen im Grundbuch zweckmäßig, so daß z. B. Auflassung und Eigenthumseintragung zu Gunsten des Einen, Eintragung einer Vormerkung für den Andern vorgenommen würde, vgl. erste Auflage dieses Werks Bd. 1 S. 418, allein das Gesetz giebt hierzu dem Grundbuchrichter keine Ermächtigung, man hält daher für geboten, der Eintragung überhaupt Anstand zu geben und die Sache dem Proceßrichter zu überlassen.

8) Die Auflassung bildet einen Vertrag. Förster Bd. 3 §. 178, insbesondre Anmm. 35 und 50, leugnet das freilich. Er findet in der Auflassung einseitige Handlungen vor dem Richter, welche auf Dereliktion und Okkupation zurückzuführen wären.

9) Vgl. oben §. 104 Anm. 6.

Digitized by Google

Aufgelassenen zu, wenn die Auflassung des zureichenden Grundes entbehrte. Dem Kondicenten liegt hierbei ob, den die Uebertragung veranlassenden Grund klar zu stellen, sowie dessen Unzulänglichkeit darzuthun. Er wird daher regelmäßig einmal nachweisen müssen, welches Geschäft abgeschlossen wurde, und dann, welche Einreden ihm gegen dasselbe zustehen. Mängel des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts, welche bloß die Form betreffen, werden jedoch durch die Auflassung geheilt.[10]

4. Das Geschäft der Auflassung bildet einen Formalkontrakt. Derselbe ist durch die mündlichen und gleichzeitigen Erklärungen der beiden Kontrahenten vor dem zuständigen Grundbuchamte zu vollziehen. Aus diesen Erklärungen muß die Bewilligung des Auflassenden und der Antrag des Aufgelassenen hervorgehen, daß der Letztere als Eigenthümer des aufgelassenen Grundstücks eingetragen werde. Daß gerade die im Gesetze benutzten Worte gebraucht werden, ist nicht zur Gültigkeit des Akts nothwendig. Auch ist gleichgültig, ob der Antrag des Erwerbers oder die Bewilligung des Auflassenden vorhergeht. Die Gleichzeitigkeit ist gewahrt, wenn beide Theile bei den Erklärungen Beider gegenwärtig sind. Würde etwa der Akt unterbrochen, dann aber später in Beider Gegenwart fortgeführt, so wäre die Auflassung gültig.

Der Rechtsakt fordert die freie Antheilnahme des Grundbuchrichters, eine Auflassungserklärung, welche vor ihm gegen seinen Willen vollzogen würde, wäre unverbindlich. Vielmehr ist zur Perfektion der Auflassung deren Aufnahme durch den Grundbuchrichter zu Protokoll erfordert.[11] Der Grundbuchrichter darf die Auflassungserklärung erst dann entgegennehmen, wenn er nach Prüfung der Sache dafür hält, daß der sofortigen Eintragung keine Hindernisse im Wege stehen.[12] Die Auflassungserklärung des eingetragenen Eigenthümers wird ersetzt durch ein Erkenntniß, welches ihn zur Auflassung verurtheilt.[13] Es bedarf dann nur des auf das Erkenntniß gestützten Antrags des Erwerbers.

§. 242. Wirkungen der Auflassung.

Nimmt man in Gemäßheit der bisherigen Ausführungen an, daß Eigenthum durch Auflassung auf den Eingetragenen nur übergeht, wenn alle materiellen Voraussetzungen der Eigenthumsübertragung vorhanden sind, so ist auch im Falle der freiwilligen Veräußerung durch das neue Institut

---

10) Gesetz über den E. E. §. 10, vgl. oben §. 98 Anm. 5.

11) G. B. O. §§. 31. 48. Ueber eine abweichende Ansicht Dalcke bei Gruchot Bd. 18 S. 155 ff. Turnau G. B. O. §. 32.

12) G. B. O. §§. 46. 48. Vgl. oben §. 197 Anm. 16.

13) E. G. §. 3.

Digitized by Google

die Duplicität des Eigenthums nicht beseitigt. Wo jene Voraussetzungen fehlen, erhält — dies ist der Grundgedanke unserer Darstellung — der Eingetragene zwar die buchmäßige Legitimation als Eigenthümer und die hieran geknüpften Rechtsbefugnisse, Eigenthum aber verbleibt dem Auflassenden und bildet die Grundlage seiner Anfechtung der ungehörigen Eintragung, welche ihm solange gegen den Eingetragenen und dessen Rechtsnachfolger offensteht, bis ein redlicher Dritter im Glauben an das Buch erwirbt. [1]

Das Objekt der Uebertragung bestimmt sich durch den Konsens der Betheiligten. Indem dieselben bei der Auflassung auf das Buch Bezug nehmen und nehmen müssen, werden dessen Angaben zwar Bestandtheile ihrer Erklärung; immerhin sind dieselben aber nicht schlechthin maßgebend, zumal die Betheiligten in vielen Fällen thatsächlich nicht im Stande sind zu konstatiren, ob die Bezeichnungen des Grundbuchs das Objekt, um welches es sich ihnen handelt, genau treffen. Es ist daher in Streitfällen auf die Totalität ihrer Willensäußerungen zurückzugehen. Hierbei sind die Angaben im Veräußerungsvertrag vorzugsweise zu beachten; desgleichen hat die Tradition noch immer erhebliche Bedeutung zur Bestimmung der wahren Willensmeinung der Betheiligten. [2]

Unbewegliche Zubehörungen des Grundstücks, z. B. Gebäude, Bäume gehen auf den Erwerber über, sofern sie sich der Auflassende nicht vorbehalten hat oder sie sonstigen Berechtigten, z. B. Pächtern gehören. [3]

Fraglich ist, ob die beweglichen Zubehörstücke der aufgelassenen Sache auf den Aufgelassenen mit deren Auflassung oder erst durch besondere Besitzergreifung übergehen. Das Erstere ist das Richtige. Denn die beweglichen Zubehörstücke gelten, so lange sie diese Eigenschaft haben, rechtlich als dem Grundstück verbunden. Sie folgen daher dessen Schicksalen, als wären sie Theile desselben, womit nicht ausgeschlossen ist, daß durch Specialvorbehalt einzelne Stücke dem Veräußerer reservirt bleiben und dadurch ihre Eigen-

---

1) Denkbar ist freilich die Theorie, wonach auch der auf Grund einer ungültigen Auflassung Eingetragene Eigenthümer würde, und der Auflassende nur eine persönliche Anfechtungsklage hätte. Sie müßte sich auf den extremen Gedanken stützen, daß die Eintragung schlechthin, auch wenn sie ohne Fundament ist, Eigenthum giebt, und daß dem hierdurch Beschädigten nur persönliche Rechtsmittel blieben. Aus den neuen Gesetzen läßt sich aber dieser Gedanke nicht herauslesen. Als eine Neuerung von weittragenden Folgen müßte er ausdrücklich ausgesprochen sein, was keineswegs der Fall ist. Im §. 9 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb werden die im Glauben an die „Richtigkeit des Grundbuchs erworbenen Rechte" gesichert. Es können demnach Eintragungen des Eigenthums „nicht richtig," also vom wirklich bestehenden Eigenthumszustand verschieden sein. Vgl. oben §. 201 sub 2.

2) Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. Bd. 1 S. 286 ff.

3) Vgl. auch oben §. 215 Anm. 5.

Digitized by Google

schaft als Zubehör verlieren. Für diese Auffassung ist die Analogie der Verpfändung von Gewicht, indem solche Pertinenzen nicht, wie andere bewegliche Objekte, bloß durch Besitzübertragung verpfändet, sondern als Zubehör des Immobiles von der Verhypothecirung des Grundstücks mitergriffen werden.[4]

Die Auflassung überträgt an sich nicht den Besitz der aufgelassenen Sache. Dennoch wird man häufig in der Auflassungserklärung zugleich die Besitzübergabe sehen müssen, da in dem Willen, Eigenthum des Grundstücks zu übertragen, nicht selten implicite auch die Absicht, den Besitz zu Gunsten des Erwerbers aufzugeben, enthalten sein wird.[5] Wann dies der Fall ist, muß nach den besondern thatsächlichen Verhältnissen beurtheilt werden. Jedenfalls ist vorausgesetzt, daß der Auflassende selbst bisher im Besitze war und daß nicht ersichtlich sein Wille auf Zurückhaltung des Besitzes ging.[6]

Zweifelhaft ist endlich, mit welchem Augenblick den Aufgelassenen die Gefahr der Verschlechterung der Sache betrifft. Das Landrecht knüpft den Uebergang der Gefahr bei Kaufgeschäften an die Uebergabe der Sache.[7] Ist dies nunmehr in Bezug auf Grundstücke geändert? Dagegen ließe sich anführen, daß das neue Gesetz hinsichtlich der obligatorischen Beziehungen der Erwerbsgeschäfte keine Bestimmung trifft, so daß das bisherige Recht in dieser Hinsicht unberührt scheint. Aber jene Vorschrift selbst ist nur ein Folgesatz des allgemeinen landrechtlichen Grundsatzes, wonach der Uebergang der Gefahr sich an den Eigenthumswechsel knüpft. Verlegt sich daher der Eigenthumsübergang, so wirkt dies auch auf die Lehre von der Gefahr ein. Dabei wird man aber den Moment der Auflassung als den entscheidenden anzusehen haben, nicht den der Eintragung, da zwischen den Kontrahenten die Auflassung als der Augenblick anzusehen ist, in welchem sich der Eigenthumswechsel vollzieht.[8 9] Natürlich können aber die Kontrahenten hinsichtlich

4) Vgl. oben §. 62. Anm. 12. Im Berichte des Herrenhauses zum Gesetz über den Eigenthumserwerb S. 11 wird die Frage berührt. Die Lösung aber, „daß nach Verschiedenheit der Fälle Uebergabe nöthig sein wird oder nicht" ist dunkel. Das O. Trib. hat bei Striethorst Bd. 96 S. 285 angenommen, daß das Gutsinventar durch Auflassung des Guts, sofern hierbei seine Zubehörigkeit nicht aufgehoben wird, mit demselben übereignet wird.

5) Vgl. auch Bähr in Iherings Jahrbüchern Bd. XI. S. 70.

6) Vgl. L. R. I, 7. §. 59. I. 11. §. 125 ff. Oben §. 153. Anm. 5.

7) L. R. I, 11. §. 95.

8) In dem Gesetzentwurf 1868/69 bestimmte §. 8: „die Gefahr der Sache geht durch die Eintragung auf den Erwerber über, wenn ihm auch noch nicht übergeben worden ist." Nach den Motiven hierzu S. 38 sollte es aber bei der Regel von L. R. I, 11. §. 95 bewenden, wonach die Gefahr mit der Uebergabe auf den Erwerber übergeht! Nur dann, wenn die Uebergabe erst nach der Eintragung erfolgte, sollte der Uebergang der Gefahr an die Eintragung geknüpft werden. Die späteren Entwürfe haben die Lösung der Frage der Wissenschaft überlassen.

9) Die entgegengesetzte Ansicht hat Förster Bd. 3. §. 178 Anm. 47 S. 229.

Digitized by Google

des Uebergangs der Gefahr jeder Zeit von den regelmäßig eintretenden abweichende Vereinbarungen treffen.

§. 243. Rechtsfolgen der bloßen Uebergabe von Grundstücken.[1]

I. Bis zum 1. Oktober 1872 wurde Eigenthum durch Titel und Tradition erworben. Der Erwerber, welcher nachweisen kann, daß sich der Eigenthumsübergang vorher in dieser Weise vollzog, kann daher auch nach dem 1. October 1872, gestützt hierauf, seine Eintragung im Grundbuch verlangen, ohne daß etwa eine Auflassung, oder die Zustimmung des als Eigenthümer Eingetragenen erforderlich wäre.

II. Seit dem 1. Oktober 1872, seitdem die Tradition aufgehört hat, die regelmäßige Form der Eigenthumsübertragung von Grundstücken zu sein, erhält der Käufer oder sonstige Stipulant eines Grundstücks in Folge der Uebergabe nicht etwa sogenanntes natürliches Eigenthum. Vielmehr giebt ihm die Uebergabe zu den aus dem Veräußerungsgeschäfte entspringenden persönlichen Ansprüchen gegen den Verkäufer nur den vollständigen Sachbesitz.[2 3] Sein Besitz muß als redlicher gelten, da die Redlichkeit nicht in dem Bewußtsein besteht, Eigenthümer zu sein, welches einem solchen Besitzer fehlen muß, sondern in der Ueberzeugung, daß der Besitz kein Unrecht ist, wie er sie wohl haben kann. Daher kommen ihm der Regel nach die Rechte des redlichen Besitzers zu Gute. Er gilt Dritten — nicht dem Eingetragenen — gegenüber der Vermuthung nach als Eigenthümer. Im Falle des Besitzverlustes steht ihm ein Klagerecht gegen diejenigen Personen zu, welche ein schwächeres Recht an der Sache haben.[4] Selbst ersitzen kann er, nur

---

1) Vergl. von Brünneck: die exceptio rei venditae et traditae bei unterlassener Eintragung des neuen Erwerbers, bei Gruchot Bd. 14. S. 567, welche Abhandlung freilich auf dem früheren Entwurf von 1869/70 fußt. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 241 ff. S. 245 ff.

2) Da der Käufer auch durch Tradition noch nicht Eigenthümer wird und daher noch nicht die juristische Qualifikation hat, um auf das Eigenthumsblatt eingetragen zu werden, so kann er auch nicht mehr nach der Uebergabe auf Grund des Gesuchs zuständiger Behörden oder von Realinteressenten durch den Grundbuchrichter zwangsweise zum Eintragsgesuch angehalten werden. G. B. O. §§. 55. 56. Wohl aber besteht ein solcher Zwang gegen Personen, welche vor dem 1. Oktober 1872 Eigenthum durch Tradition erworben haben, ohne eingetragen zu sein.

3) Ist es eine Folge der Neuerung, wonach der Käufer durch die Tradition nicht mehr Eigenthümer des ihm tradirten Grundstücks wird, daß die von ihm auf diesem Grundstücke errichteten Gebäude den dinglichen Belastungen, insbesondere den Pfandrechten, welche auf dem Boden ruhzn, nicht mehr unterworfen sind? Vergl. §. 30 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb, wonach das Pfandrecht nur ergreift „die dem Eigenthümer gehörigen Gebäude.“ Hierüber ist später eingehender zu handeln.

4) Nach L. R. I, 7. §. 176. Dies ist bei uns um so sicherer anzunehmen, als das Landrecht die Klage des relativ Besserberechtigten nicht, wie dies bei der römischen Publiciana geschah, vom Nachweise eines Titels abhängig machte.

Digitized by Google

nicht gegen den eingetragenen Eigenthümer[5] und zwar auch durch die gewöhnliche Verjährung, da es ihm an einem zur Erlangung des Eigenthums geschickten Titel nicht fehlt. Zunächst aber bleibt der Tradent trotz der Tradition Eigenthümer des verkauften und tradirten Grundstücks.

1. Ist der Tradent als Eigenthümer des Grundstücks eingetragen, so kann er dasselbe immer noch beim Grundbuchamte gültigerweise dinglich belasten und einem Andern auflassen. Der Aufgelassene — C — wird unanfechtbarer Eigenthümer, auch wenn er von dem früheren Verkauf und der Tradition des Grundstücks an den B unterrichtet war, da die dem B hieraus erwachsenen Rechte als persönliche ohne Bedeutung sind gegenüber dem dinglichen Rechte, welches C durch die Auflassung und Eintragung gewinnt. Nur im Fall der Theilnahme an einem Betrug des Verkäufers würde er in Anspruch genommen werden können.[6] Als eingetragener Eigenthümer ist ferner der Tradent und sind diejenigen, welche seine Rechte ausüben, z. B. eine Konkursmasse, immer noch berechtigt, die Eigenthumsklage gegen jenen Abkäufer B anzustellen. Dem Vindikanten kann auch nicht, sofern er als Eigenthümer eingetragen ist, oder die Rechte des eingetragenen Eigenthümers geltend macht, die Einrede entgegengestellt werden, daß Verklagter das Grundstück auf Grund eines den Eigenthumserwerb bezweckenden Rechtsgeschäfts vom Kläger oder von dessen Rechtsvorfahr erhalten habe. Es ist mit andern Worten die exceptio rei venditae et traditae dem Bucheigenthümer gegenüber ausgeschlossen. Seinen Anspruch auf Auflassung aus jenem Geschäfte hat der Besitzer vielmehr im Wege der Klage zu betreiben.[7] [8]

---

5) Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 6.

6) Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 4.

7) Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 7.

8) Vindicirt die Konkursmasse des im Grundbuch als Bucheigenthümer verzeichneten Tradenten, so ist zu unterscheiden: a) der Käufer hat den Kaufpreis vor der Konkurseröffnung bezahlt und also das Geschäft seinerseits erfüllt, der Verkäufer aber hat noch nicht aufgelassen, also trotz der realen Uebergabe seine wesentlichste Verpflichtung noch nicht erfüllt. Hier kann der Käufer, da die rückständige Gegenleistung des Gemeinschuldners nicht in einer Geldzahlung besteht, die Erfüllung durch Auflassung nicht fordern, sondern es findet nur ein Anspruch auf Entschädigung statt. Konkursordnung §. 15. Abs. 3. Reichskonkursordnung §. 21. Ist der Anspruch auf Auflassung jedoch durch eine Vormerkung eingetragen, so wird auch die Gläubigerschaft zur Auflassung verpflichtet sein, arg. K. O. §. 15. Abs. 2. — b) Der Kaufpreis ist noch nicht oder nicht vollständig bezahlt. Hier hat die Gläubigerschaft das Recht, aber nicht die Verpflichtung, an Stelle des Gemeinschuldners das Geschäft zu übernehmen. Uebernimmt sie das Geschäft, so muß dasselbe von beiden Seiten erfüllt werden. Vindicirt die Gläubigerschaft die vom Gemeinschuldner tradirte Sache, oder weigert sie sich der Auflassung, übernimmt sie also das Geschäft nicht, so ist der Käufer auf die Liquidation seines Interesses als Konkursgläubiger beschränkt, wozu nach positiver — von der Konkursordnung des Reichs nicht übernommener — Bestimmung der preußischen Konkursordnung das Recht kommt, Herausgabe des in der Masse noch von der Leistung unterscheidbar Vorhandnen zu fordern. Konkursordnung §. 16. Koch Kommentar hierzu, vgl. unten Bd. 2 §. 118.

Digitized by Google

Aber auch eine Widerklage ist ihm offengestellt.[9] Nur setzt dieselbe für die Regel voraus, daß der Verkäufer selbst oder sein Universalnachfolger der Vindikant ist; gegenüber den eingetragnen Singularsuccessoren desselben ist sie nach allgemeinen Grundsätzen nur zuständig im Fall der Sicherung des Anspruchs auf Auflassung durch eine eingetragne Vormerkung oder im Fall der Theilnahme des Vindikanten an einem Betrug. Werden Klage und Widerklage, wie dies die Regel bilden wird, gleichzeitig entschieden, so prävalirt das Urtheil zu Gunsten des Widerklägers. Es steht ihm dann das Judikat auf die Auflassung zur Seite und schützt ihn im Besitz gegenüber dem durch das Grundbuch manifestirten Eigenthümer. Ein solcher Dualismus wird sich thatsächlich nicht leicht längere Zeit erhalten, möglich wäre dies aber, da der siegreiche Widerkläger nicht gezwungen ist, die Auflassung zu betreiben, auf welche ihm das Urtheil ein Recht giebt.

2. Weniger schroff gestaltet sich die Sache, wenn der Tradent selbst noch nicht eingetragen ist. Es sind hier folgende Fälle denkbar:

a) Das tradirte Grundstück ist zwar im Grundbuch verzeichnet, der verkaufende Eigenthümer selbst aber ist noch nicht eingetragen. Auch hier ist zwar die Tradition nicht zur Eigenthumsübertragung zulänglich, aber der Tradent, welchem der besondere Schutz der Eintragung nicht zur Seite steht,[10] unterliegt mit einer etwaigen Vindikation dem Einwand, daß er die eigene Rechtshandlung nicht anfechten kann. Der Tradent kann sich indessen, da er Eigenthümer geblieben ist, noch eintragen lassen und hierdurch das Vorrecht der Eintragung erlangen, wonach die exceptio rei venditae et traditae nicht mehr gegen ihn Platz greift. Solange der Eigenthümer nicht eingetragen ist, läuft dem Käufer und seinen Rechtsnachfolgern auch die dreißigjährige Ersitzung.[11]

b) Es ist ein Grundbuchblatt noch nicht angelegt. Hier überträgt die Tradition das Eigenthum.[12]

---

9) Die Versagung der exceptio rei venditae geschah, um dem Käufer jede Rechtsbefugniß dinglicher Art abzuschneiden, auch nachdem ihm tradirt war, selbst wenn er durch Zahlung des Preises den Vertrag seinerseits vollständig erfüllt hatte. Dies sollte ihn nöthigen, es nicht bei der Tradition bewenden zu lassen, sondern die Auflassung nachzusuchen. In Folge eines Vermittlungsvorschlags im Abgeordnetenhause wurde die Widerklage ausdrücklich zugelassen, wodurch für viele Fälle die Härte des Systems gemildert ist.

10) Im §. 7 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb ist nämlich die Einrede, daß der Beklagte von dem Kläger oder dessen Rechtsvorgänger auf Grund eines den Eigenthumserwerb bezweckenden Rechtsgeschäfts den Besitz des Grundstücks erhalten habe, nur dem eingetragenen Eigenthümer gegenüber ausgeschlossen.

11) Vgl. Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 6.

12) Vgl. oben §. 240 Anm. 3 und 4.

Digitized by Google

§. 244. Der Erwerb von Trennstücken.

Bis zum Anfange unseres Jahrhunderts bildeten die meisten und wichtigsten Grundstücke Individualitäten, deren Grenzen regelmäßig unverrückbar waren. Ihre Erhaltung in ihrem geschichtlich gegebenen Bestand wurde durch die Landespolizeibehörde überwacht, ohne deren Genehmigung Abtrennungen und Zertheilungen der Regel nach unzulässig waren, während es zu jeder Veräußerung und Zertrennung von Bauerngütern auch der Zustimmung der Grundherren bedurfte, denen sie unterthan waren. Rechte und Pflichten des öffentlichen und des privaten Rechts knüpften sich nämlich bis in die neueste Zeit hinein in so mannichfacher und wiederum so ungleicher Weise an die bestehenden Gutskomplexe, daß eine willkürliche Veränderung ihres Bestandes eine Menge von Rechtsbeziehungen in Verwirrung zu bringen drohte. Auch war bei der früheren extensiven Landwirthschaft, welche einen verhältnißmäßig bedeutenden Umfang der Güter voraussetzt, eine Theilung und Abtrennung weniger häufig Bedürfniß als heutzutage.[1]

Theils der Gedanke, dem Individuum die möglichst freie Verfügung über sein Privateigenthum zu geben und es der Bevormundung der Behörden zu entziehen, theils das durch die veränderte, mehr intensive Kultur der Landgüter häufiger hervortretende Bedürfniß ihrer Theilung, bestimmte die Gesetzgebung seit dem Edikt vom 9. Oktober 1807, alle öffentlichrechtlichen Beschränkungen der Theilbarkeit der Grundstücke aufzuheben. Gleichzeitig beseitigte das Edikt die Gutsunterthänigkeit und damit die in ihr wurzelnden Beschränkungen der Trennbarkeit, und es erhielt der bäuerliche Besitzer durch die allmählige Verwandlung seines lassitischen Besitzes in Eigenthum die freie Verfügung auch über diesen.[2 3] Dagegen blieben diejenigen Beschrän-

---

1) Die betreffenden Beschränkungen der Parcellirungsfreiheit beruhten größtentheils auf Provinzialrecht, waren auch für die einzelnen Arten der Güter verschieden. Vgl. für Preußen ostpreuß. Provinzialrecht Zus. 5, für Schlesien Edikt vom 11. März 1787 und Deklaration vom 14. August 1799 Rabe V. S. 532. Für Lehen fordert L. R. I, 18. §. 481 die Genehmigung des Landesherrn zur Naturaltheilung. Hinsichtlich der Bauergüter vgl. L. R. II, 7. §. 16, ferner II, 7. §§. 247. 261. 262. — Ueber das Verfahren des Hypothekenrichters siehe Hyp. Ordn. von 1783 II, §. 91.

2) Edikt vom 9. Oktober 1807. §. 4. Landeskulturedikt vom 14. September 1811. §. 1. Der Art. 42 der Verf. vom 31. Januar 1850, welcher unter Anderm auch „die Theilbarkeit des Grundeigenthums" gewährleistete, wurde durch das Gesetz vom 14. April 1856 aufgehoben.

3) Die neuere Gesetzgebung ist demnach auf die Grundsätze des römischen Rechts zurückgekommen, welches dem Grundeigenthümer Abtrennungen von Theilen seines Grundstücks schlechthin gestattet hatte. Vgl. auch Columella de re rustica IV. cap. 3. Daher denn auch in Rom die Grundsteuer bei Parcellirungen getheilt wurde. l. 5. Cod. Theod. sine censu vel reliquis. 11, 3. Uebrigens betrachtete der römische Verkehr die altabgegrenzten Grundstücke „fundi" als Einheiten, trotz ihrer Zerschlagung im Laufe der Zeit, weßhalb denn die Römer von partes „pro diviso" reden. l. 25. §. 1. D. de V. S. 50, 16.

Digitized by Google

kungen der Gütertrennung, welche auf besonderen Privatrechten, insbesondere auf den Anrechten der Lehens- und Fideikommißanwärter beruhen, im Wesentlichen bestehen.

Der Erwerb des Eigenthums von Trennstücken vollzieht sich in derselben Weise, wie der von Grundstücken in ihrem Gesammtbestand, sei es im Wege der Ersitzung, Expropriation u. s. f., sei es im Wege der freiwilligen Veräußerung durch Auflassung.[4] Es ist jedoch hervorzuheben:

1. Die ältere Gesetzgebung hatte Vorkehrungen getroffen, um unsoliden bei Parcellirungen vorkommenden Geschäften zu begegnen. Sie hatte einmal unter Androhung der Nichtigkeit verlangt, daß Veräußerungsgeschäfte zum Zweck der Abtrennung ländlicher Grundstücke vor dem Realrichter abgeschlossen würden[5] und ferner im Fall der Zerschlagung von Grundstücken mittels öffentlicher Versteigerungen, bei denen häufig gewissenlose Spekulationen das Bild von den auf den künftigen Parcellen ruhenden Lasten verschleierten, um die Bieter zu täuschen und zu übervortheilen, bei Strafe Zuziehung des Realrichters und Vertheilung der öffentlichen Lasten gefordert.[6]

Diese Beschränkungen sind jedoch durch die neuere Gesetzgebung beseitigt.

2. Um die Uebereinstimmung des Grundbuchs mit den Steuerbüchern zu fördern und zu erhalten und die Genauigkeit der Feststellung des Objekts auf dem Titel des Grundbuchblatts möglichst zu sichern, verlangt das Gesetz bei der Auflassungserklärung über ein Trennstück Vorlegung einer vom Fortschreibungsbeamten beglaubigten Karte, welche das Trennstück darstellt, und eines beglaubigten Auszugs aus dem Steuerbuch, aus welchem sich die dort gebrauchte Bezeichnung und die Größe ergiebt.[7] Das Gleiche ist bei jeder andern Anmeldung einer Abtrennung zur Eintragung zu fordern.[8]

3. Zur Erleichterung der Parcellirungen hat die Gesetzgebung die Vertheilung der auf dem unzertrennten Grundstücke haftenden öffentlichen

---

4) Ist also der Erwerb von Trennstücken keineswegs immer ein mittelbarer, so erschien es doch als zweckmäßig, das auf denselben Bezügliche im Anschluß an den mittelbaren Erwerb darzustellen.

5) Zuerst bestimmt durch das Gesetz vom 3. Januar 1845, dessen bezügliche Bestimmungen nach kurzer Beseitigung wieder durch Gesetz vom 24. Mai 1853 hergestellt wurden, um aufs neue durch das Gesetz vom 5. Mai 1872 aufgehoben zu werden.

6) Dies verordnete das Gesetz vom 24. Mai 1853 §. 6—9. Die bezüglichen Bestimmungen, welche das Gesetz vom 5. Mai 1872 noch erhalten hatte, hob auf das Gesetz vom 25. August 1876 §. 24.

7) G. B. O. §. 58.

8) Also auch bei der Anmeldung eines bereits vollzognen Eigenthumsüberganges zur Eintragung; ferner dann, wenn der Grundeigenthümer ohne Veräußerung sein Grundstück theilt und für die Theilgrundstücke besondere Grundstücksblätter anlegen läßt.

Digitized by Google

Lasten auf die einzelnen Trennstücke vorgeschrieben. Zu diesen Lasten zählen die Grundsteuer und andere öffentliche Abgaben an den Staat, ferner Leistungen an Gemeinden, an Deichverbände und ähnliche öffentliche Societäten. Auch die Abgaben und Leistungen zur Erbauung von Kirchen, Pfarr- und Schulgebäuden gehören hierher. Endlich sind die den Rentenbanken, wie die dem Domänenfiskus behufs Ablösung von Reallasten geschuldeten Renten vertheilbar. Die Vertheilung folgt jetzt meistens erst der Uebereignung des Trennstücks, insbesondere der Auflassung und Eintragung des Eigenthums. Bis zur interimistischen oder endgültigen Vertheilung der Lasten besteht solidarische Verhaftung.[9] Die Vertheilung geschieht in der Regel nach Maßgabe des Flächeninhalts auf die Trennstücke; ist dieser Maßstab nicht anwendbar und weicht er von dem Verhältniß des Ertragswerths der Trennstücke erheblich ab, so hat er nach Verhältniß des Reinertrags der einzelnen Trennstücke zu geschehen.[10]

4. Privatrechtliche Reallasten, deren Ablösung den Verpflichteten offen steht, belasten die Trennstücke solidarisch.[11] Ebenso verhält es sich mit anderen dinglichen Rechten am Grundstück, insbesondere mit den Hypotheken. Es ist Sache der Erwerber der Trennstücke, mit den Realberechtigten und Gläubigern ein Abkommen zu treffen, wonach ihre Grundstücke der solidarischen Belastung entledigt werden.[12]

Die lastenfreie Uebertragung eines Trennstücks geringeren Umfangs ist jedoch auch ohne Einwilligung der Realberechtigten dann möglich, wenn deren

---

9) Das Kulturedikt vom 14. September 1811 §. 3 gab zunächst Bestimmungen über die Repartition der Grundsteuer. Das Gesetz vom 3. Januar 1845 ordnete dann die von Amtswegen eintretende Vertheilung der öffentlichen Lasten, insbesondre auch der kommunalen und genossenschaftlichen, durch Landrath und Magistrat unter Bestätigung der Bezirksregierungen an. Nach dem Gesetz vom 8. Februar 1867 §. 35 wird jetzt die Vertheilung der Grundsteuer durch den Fortschreibungsbeamten unter Bestätigung der Bezirksregierung vorgenommen, über die Vertheilung andrer Lasten hat das Gesetz vom 25. August 1876 Vorkehrung getroffen. Die Vertheilung der Ablösungsrenten geschieht durch den Katasterkontroleur vorbehaltlich der Bestätigung durch die Rentenbankdirektion und bei Domänenrenten durch die Domänenbehörde; die Abgaben an kommunale Verbände werden durch deren Behörden vorbehaltlich der Möglichkeit einer Klage im Verwaltungsstreitverfahren vertheilt. In Streitfällen ist ein Interimistikum festzusetzen.

10) Gesetz vom 8. Februar 1867 §. 35. Gesetz vom 25. August 1876 §. 3.

11) Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 §. 93.

12) Nach dem Rechte der Hypothekenordnung II. §. 91 mußte der Hypothekenrichter versuchen, wegen solcher Realberechtigungen und Hypotheken ein Regulativ, d. h. ein Abkommen über die Vertheilung, zu Stande zu bringen. Zu diesem Zwecke lud er die Realberechtigten und Hypothekengläubiger vor, freilich ohne ihnen im Fall des Ausbleibens einen Rechtsnachtheil anzudrohen, da man vielmehr für diesen Fall annahm, daß sie die solidarische Verhaftung der Trennstücke verlangten. Nach der G. B. O. liegt dem Richter der Versuch eines solchen Regulativs nicht mehr ob.

Digitized by Google

Unschädlichkeit durch gewisse Behörden konstatirt ist, und das für dasselbe gegebene oder versprochene gleichwerthige Aequivalent in dessen Belastungen eintritt.[13]

V. Die Geltendmachung des Eigenthumsrechts nach Außen.

§. 245. Das Recht des Grundeigenthümers auf Eintragung im Grundbuch.

Der Grundeigenthümer hat ein Anrecht darauf, daß sein Eigenthumsrecht am Grundstück buchmäßige Oeffentlichkeit durch dessen Eintragung habe. Er kann daher seine Eintragung fordern, wenn er noch niemals eingetragen war, wie auch dann, wenn eine früher erfolgte Eintragung ihre Kraft durch die ungehörige spätere Eintragung eines Dritten oder durch einen zufälligen Verlust des Grundstücksblatts verloren hat.[1]

Die allgemeine Regel, wonach Voraussetzung einer Eintragung entweder Bewilligung des Eingetragenen, zu dessen Ungunsten sie gereicht, oder dessen rechtskräftige Verurtheilung zum Dulden der Eintragung oder wenigstens das Ersuchen einer zuständigen Behörde ist, leidet bei der Eintragung auf das Eigenthumsblatt nicht unerhebliche Ausnahmen.[2] Dies einmal in Erbfällen. Für die Eintragung der Intestaterben genügt die Erbbescheinigung des Erbschaftsgerichts, für die testamentarischen und Vertragserben ein Auszug aus der betreffenden letztwilligen Verfügung mit der Bescheinigung des Nachlaßrichters, daß in der Urkunde weitere bezügliche Bestimmungen nicht enthalten seien; dagegen ist bei Vermächtnissen die Bewilligung der Erben zur Eintragung oder deren Verurtheilung zu derselben erforderlich.[3] Außerdem kann das Miteigenthum des Ehegatten bei ehelicher Gütergemeinschaft und der Kinder

---

13) Gesetz vom 3. März 1850 betreffend den erleichterten Verkauf kleiner Grundstücke und Gesetz betreffend die Abänderung des Gesetzes vom 13. April 1841 über den erleichterten Austausch einzelner Parcellen von Grundstücken vom 27. Juni 1860. Vgl. auch G. B. O. §. 71. Es ist vorausgesetzt die Genehmigung der Auseinandersetzungsbehörde, welche die Veräußerung oder den Austausch für unschädlich erkennt; bei Gütern, welche in einem landschaftlichen Kreditverband stehen und mit Pfandbriefen belastet sind, ist die Ertheilung des Unschädlichkeitsattestes Sache der Kreditdirektionen. Das Aequivalent kann ein anderes Grundstück oder Geld oder eine Rente sein. Hinsichtlich der Verwendung der Kaufgelder in das Hauptgut kommen die bei Ablösungen geltenden Vorschriften zur Anwendung.

1) Auch nach dem jetzigen Grundbuchrechte ist der Eigenthümer Seitens des Grundbuchamtes im Wege des Zwangsverfahrens zum Antrage auf Eintragung seines Eigenthums anzuhalten: 1. wenn eine zuständige Behörde dieselbe erfordert, und 2. wenn ein dinglich oder zu einer Eintragung Berechtigter dieselbe beantragt. G. B. O. §§. 55. 56. Vgl. oben §. 199 Anm. 7. ferner §. 243 Anm. 2.

2) Vgl. oben §. 197 Anm. 11.

3) G. B. O. §§. 51. 53. Es ist demnach die Frage wichtig, ob der sogenannte heres ex re certa bei uns als Erbe oder Vermächtnißnehmer anzusehen ist. Darüber im Erbrecht.

Digitized by Google

bei fortgesetzter Gütergemeinschaft auf Antrag des nicht eingetragenen Miteigenthümers, ohne Bewilligung des Ehegatten, gegen welchen die Eintragung genommen wird, und ohne Erkenntniß des Proceßrichters eingetragen werden, wenn nur dem Grundbuchrichter das Bestehen der Gemeinschaft liquid gemacht wird.[4]

Der Eigenthümer kann seinen Anspruch auf Eintragung klagweise gegen denjenigen verfolgen, welcher ohne Recht als Eigenthümer oder wenn es sich um Miteigenthum handelt, als Alleineigenthümer im Buche steht. Gegen den Grundbuchrichter kann der Eigenthümer nicht auf Vornahme der Eintragung klagen, auch wenn sein Anspruch auf dieselbe liquid sein sollte, da in derselben eine öffentliche Funktion liegt, welche durch eine Civilklage nicht erzwungen werden kann. Dagegen kann der Eigenthümer den Grundbuchrichter und in letzter Linie den Staat auf Schadensersatz belangen, wenn ihm durch die ohne Grund unterlassene Eintragung ein Schaden erwuchs.

Erst die Eintragung befähigt den Eigenthümer zu Auflassungen und zur Bewilligung dinglicher Belastungen beim Grundbuchamt.[5] Insbesondere aber bewirkt die dem Eigenthume gegebene Oeffentlichkeit, daß wer über das Grundstück mit Dritten Erwerbsgeschäfte schließt, keine Rechte aus seiner etwaigen Unkenntniß des eingetragenen Rechts herleiten kann.[6] Daher findet gegenüber dem eingetragenen Eigenthümer Erwerb durch Ersitzung nicht statt, und es ist gegen dessen Eigenthumsklage die Einrede der Verjährung nicht zuständig.[7] [8] Immerhin können diese Sätze nur soweit Geltung haben, als der Besitz des Dritten offenkundig der Eintragung widerspricht.

§. 246. Die Vindikation.

Die Klage des Eigenthümers hat einen verschiedenen Charakter, je nachdem der Verklagte dem Eigenthumsrecht total entgegentritt oder bloß einzelnen Bethätigungen desselben sich widersetzt. Im ersteren Falle gestaltet

4) G. B. O. §. 50.
5) Vgl. auch oben §. 203.
6) L. R. I, 4 §. 19.

7) Gesetz über den Eigenthumserwerb §§. 6. 7. Dasselbe Princip sprach bereits das L. R. I, 9 §. 511 in den Worten aus: „Rechte auf unbewegliche Sachen, die in das Hypothekenbuch eingetragen sind, können weder durch den bloßen Nichtgebrauch erlöschen, noch kann ein denselben entgegenstehendes Recht mittelst der Verjährung durch Besitz erworben werden." Allerdings legte dies das Obertribunal Entsch. Bd. 34 S. 128 dahin aus, daß sich die Bestimmung nicht auf Eigenthum, sondern nur auf dingliche Rechte an fremder Sache beziehe. Dies entspricht aber der Meinung des Paragraphen nicht, welcher beide Klassen von Rechten zu unterscheiden keine Veranlassung hatte.

8) Begonnene Ersitzung kann sich nach dem 1. Oktober 1872 gegen den eingetragenen Eigenthümer nicht vollenden, siehe Turnau Bd. 2 S. 321.

Digitized by Google

sie sich zur Vindikation,[1] im zweiten zur Negatorienklage. Bei der Vindikation dreht sich der Streit um die Frage des Bestehens des Eigenthums, bei der Negatorienklage hauptsächlich um die Frage seines konkreten Inhalts. Was nun zunächst die Vindikation[2] anlangt, so ist

1. klagberechtigt der Eigenthümer, dessen Eigenthumsrecht in Frage gestellt und der richterlichen Anerkennung bedürftig ist.[3] Auch der Miteigenthümer kann gegen die Miteigenthümer, wie gegen Dritte vindiciren. Die Cession der Vindikation ist zulässig. Der als Eigenthümer im Grundbuch Eingetragene ist zur Vindikation kraft seiner Eintragung berechtigt,[4] aber auch dem nicht eingetragenen Eigenthümer des Grundstücks kann die Eigenthumsklage nicht abgesprochen werden. — Können gleich in der Regel Personen in hausherrlicher oder ehemännlicher Gewalt nicht ohne ihren Vater oder Ehemann klagen, so leidet dies doch eine Ausnahme bei der Vindikation der zu ihrem nichtfreien Vermögen gehörigen ohne Recht von dem Hausvater veräußerten Grundstücke und Gerechtigkeiten, da ihnen die Klage in diesem Falle auch während der Dauer des Abhängigkeitsverhältnisses ohne Mitwirkung des Hausvaters gestattet ist.[5]

2. Richtiger Verklagter ist, wer im Momente der Klagbehändigung die Sache im Besitze oder dieselbe für sich oder Andere in der Gewahrsam hat, z. B. auch der Verwalter der Konkursmasse hinsichtlich der in der Masse befindlichen, dem Kridar nicht gehörigen Objekte.[6] Die Vindikation ist aber

---

1) Ueber das Verhältniß der rei vindicatio zu andern Klagen siehe oben §. 145 Anm. 3.

2) Nach älterer deutscher Rechtsanschauung war der Gerichtsstand der belegnen Sache — forum rei sitae — ein ausschließlicher, vgl. Stobbe Grundsätze der deutschen Rechtsquellen über den Gerichtsstand bei Bekker Jahrbuch Bd. I S. 434 ff. Das gemeine Recht hatte die Exklusivität aufgegeben Renaud Civilproceß §. 33 Anm. 19, während sie sich partikularrechtlich erhielt. Dies auch richtiger Ansicht nach in Preußen. So corp. jur. Frideric. Th. IV Tit. 2 §. 14 und wenn auch weniger unzweideutig A. G. O. I, 2. §. 111. vgl. I, 19. §. 17. Die R. C. P. O. §. 25 erklärt ausdrücklich für Klagen, durch welche Eigenthum, eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird, für Grenzscheidungs-, Theilungs- und Besitzklagen bezüglich unbeweglicher Sachen ausschließlich das Gericht für zuständig, in dessen Bezirk die Sache belegen ist.

3) Die Bestimmung von L. R. I, 15 §. 1, wonach der Eigenthümer die Klage haben soll, wenn seine Sache „seiner Gewahrsam ohne seinen Willen entnommen ist oder vorenthalten wird" ist unpräcis. Man stützt aber auf diese Worte wohl die Zuständigkeit der exceptio rei venditae et traditae gegen die Vindikation des Eigenthümers, welcher die Sache ohne Vollziehung der gehörigen Form der Veräußerung übergab. Anderer Ansicht ist Ziebarth, die Realexekution S. 300 ff. vgl. dagegen Koch zu L. R. I, 15 §. 1.

4) Gesetz vom 5. Mai 1872 über den Eigenthumserwerb §. 7. Oben §. 203.

5) L. R. I, 15 §. 6 u. 7.

6) L. R. I, 15 §. 1. cfr. l. 9. D. de R. V. 6, 1. Konkursordnung vom 8. Mai 1855, §. 22 ff.

Digitized by Google

bei uns nicht bloß wie im römischen Rechte gegen Besitzer zulässig, sondern auch gegen Nichtbesitzer, die unserem Eigenthumsrecht total entgegentreten, insbesondere gegen den im Grundbuch unrichtigerweise als Eigenthümer Eingetragenen.

Wer in fremdem Namen besitzt, kann, nach dem Vorbild des römischen Rechts, bis zum Klagebeantwortungstermin den Kläger mit seiner Klage an diejenige nach ihrer Identität und ihrem Aufenthaltsorte zu bezeichnende Person verweisen, für welche der Verklagte, wie er bescheinigt, besitzt — s. g. nominatio auctoris. Erklärt sich der Nominat binnen der ihm hierauf vom Richter zu steckenden Frist nicht, so genügt zum Siege des Klägers, daß er sein Recht nur wahrscheinlich macht. In Folge dessen ist der Verklagte, wenn er ein eigenes Recht nicht geltend macht, sofort zur Herausgabe der Streitsache zu verurtheilen, oder es ist, wenn er eigene Gegenansprüche vorschützt, nur noch über diese zu verhandeln.[7] Nach römischem Rechte konnte der Nominat, wenn auch der Nominant zur Herausgabe der Streitsache angehalten war, immer noch seinerseits vindiciren, so daß den Nominaten dort nur der Nachtheil der Umkehrung der Beweislast traf.[8] Nach preußischem Rechte hingegen ist der Nominat, welcher in den Proceß nicht eintrat, dem gegen den Nominanten ergangenen Erkenntnisse unterworfen, so daß das Verfahren mit dem Nominanten die Streitsache vollständig erledigt.[9] Die R. C. P. O. hingegen hat sich wieder der römischen Behandlung angeschlossen.[10]

3. Nach römischem Rechte mußte der Kläger Identität und Umfang des vindicirten Gegenstandes dergestalt speciell in der Klage bezeichnen, daß die Exekution sofort der Verurtheilung des Verklagten folgen konnte.[11] Nach heutigem und insbesondere nach preußischem Rechte hingegen wird es dem Kläger möglich sein, die Frage des Eigenthumserwerbs im Allgemeinen der richterlichen Beurtheilung zu unterstellen, so daß die Vindikation zunächst nur einen präjudiciellen Charakter hat und sich später ein Verfahren anschließt, welches die specielle Ausmittlung des Objekts zum Zweck hat. So ist z. B. die Vindikation eines ideellen Theils der Art zulässig, daß

---

7) Wie aber, wenn der Nominant bereit ist, die Sache freiwillig ohne Urtheil herauszugeben? Der Kläger wird hierauf nicht eingehen müssen, sondern kann ein Erkenntniß verlangen.

8) l. 2. C. ubi in rem actio 3, 19. Bangerow Bd. 1 §. 332 Anm. 3 I.

9) A. G. O. I. 17 §. 34 ff.

10) R. C. P. O. §. 73. Die Streitverkündigung soll hiernach „vor der Verhandlung zur Hauptsache" geschehen. Bestreitet der Benannte die Behauptung des Beklagten oder erklärt er sich nicht, so ist der Beklagte berechtigt, dem Klagantrag zu genügen. Uebernimmt der Benannte die Klage, so ist der Beklagte von der Klage zu entbinden. Das Urtheil gegen den Benannten ist dann aber auch gegen den ursprünglich Beklagten vollstreckbar.

11) l. 6. D. de R. V. 6, 1.

Digitized by Google

zuvörderst über die Frage des Miteigenthums und erst in einem zweiten Verfahren über die Größe der dem Sieger zustehenden Quote gestritten wird, während der römische Kläger für die Regel genöthigt war, beide Fragen in den Vindikationsproceß zusammenzudrängen.[12] Es ist ebenso denkbar, daß sich bei uns ein Proceß zunächst nur darum dreht, ob in dem vom Verklagten besessenen Gute eine Anzahl uns gehöriger Morgen Landes enthalten seien, unter Vorbehalt der späteren Feststellung ihrer Lage. Endlich kann ein Inbegriff, z. B. eine Heerde, ein Waarenlager, das Inventar eines Landguts, stets in der Weise vindicirt werden, daß über das Recht des Klägers an demselben im Allgemeinen und dann erst in besonderem Verfahren über die einzelnen zugehörigen Stücke entschieden wird.[13]

4. Zweck der Klage ist principiell Anerkennung des klägerischen Eigenthums durch den Richter. Hieran schließt sich dann die Verurtheilung des besitzenden Verklagten zur Ueberlieferung des vindicirten Gegenstandes an den Kläger; der Regel nach hat der Vindikant die Sache da abzuholen, wo sie sich befindet; doch kann er auch, wenn sie der Verklagte schuldhafterweise zum Nachtheil des Eigenthümers weggebracht hat, Ablieferung an den Klageort oder Ersatz der Transportkosten dahin fordern.[14]

Was die Früchte anlangte, so hat der unredliche Besitzer alle diejenigen zu ersetzen, die er gewonnen hat, und welche der Kläger hätte ziehen können.[15] Der redliche Besitzer ist von jeder Verpflichtung für die vor dem Proceß gewonnenen Früchte frei, sollten sie auch bei ihm zur Zeit des Proceßbeginns vorhanden sein.[16] Dagegen hat er auf diejenigen Vortheile — Früchte, Zinsen und andere Nutzungen — keinen Anspruch, welche nach der Klagbehändigung aus der Sache erwachsen sind, da das Landrecht an diesen Akt die Fiktion der Unredlichkeit des Verklagten knüpft. Bei nutzbaren Grundstücken wird der Jahresertrag, und zwar vom 1. Juli an gerechnet, in eine Masse geworfen und nach Verhältniß des redlichen und des für unredlich erachteten Besitzes zwischen dem Vindikanten und dem Verklagten getheilt.[17]

---

12) l. 76. §. 1. D. de R. V. 6, 1.

13) Das römische Recht erkannte eine solche Klage an bei der Heerde l. 1. §. 3. l. 2. l. 3. pr. D. de R. V. 6, 1, nicht bei andern Sachgesammtheiten. Vgl. Dernburg Pfandrecht I. S. 457 und besonders auch Göppert: einheitliche und Gesammtsachen 1871 S. 103 ff.

14) cfr. l. 10. l. 11. l. 12. D. de R. V. 6, 1.

15) L. R. I, 7 §. 229. Vgl. oben §. 131 Anm. 6.

16) L. R. I, 7 §. 195 ff.

17) L. R. I, 7 §. 201 ff. Die Lasten, welche für die Fruchtgewinnung zu machen waren, werden gleichfalls gemeinschaftlich. Der Eigenthümer kann sich von diesen Lasten jedoch frei machen, wenn er dem Besitzer die Nutzungen des letzten Jahres vollständig überläßt.

Digitized by Google

5. Zum Nachweis des Grundes und der Zuständigkeit der Vindikation hat Kläger den Eigenthumserwerb, oder wenigstens seine Eintragung als Eigenthümer im Grundbuch und, falls er vom Verklagten die Herausgabe der Sache verlangt, auch dessen Besitz darzuthun.[18] Stützt sich der Kläger auf einen derivativen Erwerbsgrund, so liegt ihm der Beweis des Rechts seines Rechtsvorfahrs ob,[19] falls dieser Nachweis nicht durch einen den redlichen Erwerb sichernden Rechtssatz oder durch ein Präklusionserkenntniß nach vorgängigem Aufgebot überflüssig gemacht wurde.

§. 247. Geldklagen anstatt und neben der Vindikation.

Unter Umständen treten Geldansprüche an die Stelle der Herausgabe der Sache oder verbinden sich mit dieser Pflicht.

1. Dies einmal dann, wenn die Vindikation um deßwillen gegen einen ehemaligen Besitzer unzulässig geworden ist, weil dieser *vor dem* Proceßbeginn den Besitz verlor.

a) Eine Schadensersatzklage hat der Eigenthümer, dessen Sache von einem unredlichen Besitzer vor der Anstellung der Vindikation veräußert worden ist. Nach römischem Rechte konnte, wer den Besitz einer fremden Sache unredlicher Weise vor der Litiskontestation aufgab, im Wege der Vindikation verklagt werden und wurde so zu Geld verurtheilt, als wenn er noch besäße, so daß er den Eigenthümer nicht auf den wirklichen Besitzer verweisen konnte; bei uns hingegen ist ein solcher Verklagter befugt, den Kläger an den jetzigen Besitzer so lange zu weisen, als die Sache von diesem noch vindicirbar ist.[1] Hierdurch kann die Geltendmachung dieses Anspruchs sehr behindert werden. Eine analoge Schadensersatzklage ist dem Eigenthümer gegenüber demjenigen zuzugestehen, welcher, wissend, daß er unrechtmäßigerweise als Eigenthümer eines Grundstücks im Grundbuche ein-

---

18) Der römische Satz l. 80. D. de R. V. 6, 1 — daß der Besitzer, welcher den Besitz fälschlich ableugnet, denselben zu Gunsten des Klägers verliert, ist bei uns nicht aufgenommen. Namentlich spricht auch A. G. O. I. 23 §§. 51. 52 nicht für denselben.

19) Wo die Klage aus dem besseren Rechte zum Besitze schon zum Ziele führt, was die Regel bildet, bedarf es des Nachweises des Eigenthums des Autors freilich nicht. Da bei uns nun die Klagen nicht nach ihren technischen Namen specialisirt werden, so wird der Kläger häufig siegen, wenn auch nicht die Voraussetzungen der eigentlichen Vindikation, sondern nur die minderen Erfordernisse der Klage aus dem besseren Rechte vorhanden sind. — Einige gemeinrechtliche Schriftsteller behaupten allerdings, daß der Kläger auch bei der Eigenthumsklage nur den Erwerbsakt, der Verklagte aber das Nichtrecht des Anderen darzuthun habe: Thibaut Archiv f. c. Pr. VI. 15. Dagegen namentlich Bangerow I §. 332 Anm. 1 mit Berufung auf die Logik und die Konsequenz.

1) L. R. I, 15 §. 15. l. 27 §. 3. D. de R. V. 6, 1. Wächter Erört. III. S. 128 ff. Bekker Jahrb. IV. S. 192 ff.

Digitized by Google

getragen ist, dasselbe einem Dritten aufgelassen und dem Aufgelassenen in Folge des Glaubens des Buchs dessen Eigenthum verschafft hat. Natürlich ist auch ersatzpflichtig der unredliche Besitzer, welcher eine fremde Sache verbrauchte oder zerstörte.

b) Die Bereicherung, welche dem Besitzer einer fremden Sache in Folge ihrer Veräußerung in redlichem Glauben erwuchs, kann durch deren Eigenthümer herausgefordert werden, falls dieser nicht auf andere Weise, namentlich auch nicht durch eine Vindikation gegen den jetzigen Besitzer zu seinem Schaden kommen kann.[2]

2. Wer sich betrüglich für den Besitzer ausgab und dadurch die Vindikation auf sich lenkte, haftet dem Kläger für das ganze Interesse, wenn diese Vindikation oder doch die auf dieselbe hin versuchte Exekution nicht zum Ziel der Restitution der vindicirten Sache führen konnte. Auch dieser Ersatzklage muß die Ausklagung des wirklichen Besitzers, so lange sie noch möglich ist, vorausgehen, während der römische Richter den sich aufdringenden Verklagten bei der Vindikation ohne Weiteres so behandelte, wie wenn er besäße, und in Geld verurtheilte, wie wenn er nicht restituiren wollte.[3]

3. Nach der Insinuation der Klage geht die Vindikation in einen Schadensanspruch über, wenn die Herausgabe des Klaggegenstandes dem Verklagten nachher durch Schuld oder durch einen Zufall, für welchen er in Folge seiner Unredlichkeit einsteht, unmöglich wird, ebenso kann der Kläger Schadensersatz wählen, wenn ihm die Sache bei der Exekution hinterhalten wird.[4] Bereits in der Klage kann Kläger den Antrag auf Schadensersatz eventuell mit der Vindikation verbinden.[5] Auch ist er befugt, seinen Schaden,

---

2) L. R. I, 15 §. 28 ff. Vgl. l. 23. D. de r. c. 12, 1. Eine Bereicherung liegt jedenfalls dann vor, wenn der ehemalige Besitzer die Sache unentgeltlich, z. B. durch Schenkung, Vermächtniß — oder ohne wirklichen Titel — erhielt und gegen ein Aequivalent weiter begab. Wir nehmen eine solche aber auch an, wenn derselbe durch die Differenz des von ihm erlösten gegen den von ihm ausgelegten Preis nach Abzug seiner Verwendungen gewann, obgleich diese Differenz nicht nothwendig in einem Steigen des Sachwerths ihren Grund hat, sondern zugleich durch die geschäftliche Gewandtheit des Besitzers erlangt sein kann. Ueber gemeinrechtliche Ansichten vergleiche Windscheid II. §. 422 Anm. 4 und die dort citirten Schriftsteller.

3) l. 25 — l. 27. D. de R. V. 6, 1. L. R. I, 15 §. 12—14. Vgl. A. G. O. I. 24 §§. 10. 11.

4) L. R. I, 15 §. 16 bestimmt, wer die in Anspruch genommene Sache nach eingehändigter Vorladung weiter veräußere, werde insofern einem unredlichen Besitzer gleichgeachtet. In diesem Falle haftet der Verklagte also nicht bloß subsidiär, wenn die Sache nicht zu erlangen ist, sondern sofort auf das volle Interesse. — A. G. O. I. 24 §. 56.

5) A. G. O. I. 22 §. 19. Vgl. oben §. 125 Anm. 6.

Digitized by Google

wie nach römischem Recht, gegenüber dem arglistigen Verklagten einseitig durch Eid festzustellen.[6]

4. Endlich kann Schadensersatz wegen bloßer Verschlechterungen der Sache neben deren Herausgabe gefordert werden. Auch in dieser Hinsicht unterscheidet sich der unredliche, unrechtfertige und der redliche Besitzer. Der unredliche Besitzer haftet schon vor dem Proceßbeginn für Zufall, wenn er nicht nachweisen kann, daß der Unfall die Sache auch beim Kläger getroffen hätte,[7] der unrechtfertige vor und nach dem Proceßbeginn für mäßiges Versehen,[8] der unredliche vor dem Proceß für grobes, nach der Klagbehändigung für geringstes Versehen.[9]

§. 248. Gegenansprüche.

An die Pflicht des Verklagten zur Herausgabe der vindicirten Sache knüpfen sich gewisse Gegenansprüche, welche, ökonomisch betrachtet, einen Subtrahenten des Ergebnisses der Vindikation bilden. Solche Gegenansprüche sind bei uns zahlreicher als in Rom. Ferner aber konnten dieselben nach römischem Rechte nur im Wege der Retention geltend gemacht werden,[1] bei uns besteht ihretwegen auch ein Recht zur Klage, welche noch nach Herausgabe der Sache durchführbar ist. Ja der unredliche Besitzer hat nicht einmal ein Retentionsrecht zu seiner Sicherung und ist auf das Klagrecht beschränkt.[2]

1. Der Besitzer hat vor Allem Gegenansprüche wegen Verwendungen auf die vindicirte Sache.[3] Diese Ansprüche gründen sich auf die Bereicherung des Vindikanten durch die Auslagen des Besitzers. Einerseits

---

6) A. G. O. I. 22 §. 9 ff. l. 68. D. de R. V. 6, 1. Man wird annehmen dürfen, daß der Verklagte in solchem Falle auch bei uns Eigenthümer, wie durch Verkauf wird, nach l. 46. l. 47. D. de R. V. Ueber das juramentum in litem nach der R. C. P. O. vgl. unten Bd. 2 §. 75 unter II.

7) L. R. I, 7 §. 241. Wer durch eine strafbare Handlung in den Besitz kam, haftet, ohne daß ihm diese Einrede offen steht, I, 7 §. 242. Gemeinrechtlich ist dies bestritten, vgl. l. 47. pr. D. de furtis 47, 2. l. 2. C. de cond. furt. 4, 8.

8) L. R. I, 7 §. 240.

9) L. R. I, 7 §. 240. Vgl. oben §. 131 Anm. 1. Das römische Recht verwirft die Haftung des redlichen Besitzers vor dem Processe, da er rem quasi suam neglexit l. 31. §. 3. D. de her. pet. 5, 3. Gans Beiträge S. 27. Suarez meinte, „liederliche und unordentliche Wirthschaft verdiene keine Schonung." Die Anrechnung solcher Verschlechterungen ist dann nicht unangemessen, wenn der Besitzer Ersatz von Meliorationen und des ausgelegten Kaufpreises fordert.

1) l. 48. D. de R. V. 6, 1. l. 33. D. de cond. indebiti 12, 6. l. 14. §. 1. l. 29. pr. D. comm. div. 10, 3. l. 14. D. de doli mali exc. 44, 4. Anders manche Aeltere, siehe die bei Glück Bd. VIII S. 309 Angeführten.

2) L. R. I, 20 §. 538.

3) Verwendungen behufs Fruchtgewinnung fallen stets dem zur Last, welcher die Fruchtnutzung in Anspruch nimmt. l. 46. D. de usuris 22, 1.

Digitized by Google

kommen daher nur baare Auslagen und die Naturalpräſtationen, welche nicht aus der Sache ſelbſt genommen werden konnten, in Anſchlag.[4] Andrerſeits iſt erforderlich — wenn nicht die Grundſätze einer negotiorum gestio eingreifen —, daß die Verwendungen noch beſtehen und dem Vindikanten mit herausgegeben werden. Auch iſt der Eigenthümer zu keinem Erſatz verpflichtet, wenn die Verwendungen aus den Nutzungen des Jahres, in welches ſie fielen, berichtigt werden konnten.[5]

Den Umfang der Anſprüche wegen Verwendungen macht im Uebrigen das preußiſche Recht, ähnlich wie das römiſche, von der Frage der Redlichkeit oder der Unredlichkeit des Verwendenden abhängig. Der redliche Beſitzer hat Anſprüche nicht nur wegen Erhaltungskoſten, ſondern auch wegen Meliorationen, welche die Rente oder den Verkaufswerth der Sache ſteigern.[6] Meliorationen, welche der unrechtfertige Beſitzer macht, kommen in Anſchlag, ſoweit ſie dem Vindikanten ſubjektiv von Vortheil ſind.[7] Nur Erſatz der Erhaltungskoſten, nicht aber der Verbeſſerungen kann der unredliche Beſitzer fordern, und zwar nur inſofern er den Verfall der Sache nicht vorher ſelbſt verſchuldete.[8]

Der Beſitzer iſt der Regel nach befugt, auch diejenigen Verwendungen in Rechnung zu bringen, welche ſeine Rechtsvorfahren auf den Klaggegenſtand machten, da er ſie von dieſen gewiſſermaßen mit erworben hat. Sofern dies nicht der Fall iſt, können die ehemaligen Beſitzer, von denen ſie ausgingen, gegen den ſiegreichen Vindikanten Erſatz derſelben in demſelben Maße verlangen, in dem ihnen dies, wenn ſie noch Beſitzer geweſen wären, möglich wäre.

Der Beſitzer hat ſtets das Recht der Abtrennung ſeiner Verwendungen, wenn ihm vom Vindikanten keine Vergütung für dieſelben — pflichtmäßig oder freiwillig — angeboten wird, ſofern er nur die vindicirte Sache wieder in den frühern Stand verſetzt.[9] Auch dies kann bei uns noch nach Uebergabe der Sache im Wege der Klage geltend gemacht werden.

---

4) L. R. I, 7 §. 209 beſtimmt dies zunächſt für Meliorationen. Vergleiche I, 7 §. 214.

5) Es iſt dies eine zutreffende Modifikation des in l. 48. l. 65. pr. D. de R. V. 6, 1 ausgeſprochenen Satzes.

6) Die römiſchen Richter entſchieden mehr nach den konkreten Verhältniſſen und der Frage des ſubjektiven Nutzens der Verwendung für den Vindikanten l. 38. D. de R. V. 6, 1. Auch berückſichtigte man regelmäßig nur die Steigerung der Rente l. 79. §. 1. D. de V. S. 50, 16.

7) L. R. I, 7 §. 239.

8) L. R. I, 7 §§. 236. 237. Das römiſche Recht gab dem malae fidei possessor Anſprüche auch wegen nützlicher Verwendungen bei der Erbſchaftsklage, bei der rei vindicatio erkannte man Gegenanſprüche deſſelben nur wegen nothwendiger Auslagen an und zwar, wie es ſcheint, erſt ſeit der ſpäteren klaſſiſchen Zeit, l. 5. C. de r. v. 3, 32.

9) L. R. I, 7 §. 210 ff. l. 38. D. de R. V. 6, 1. Vgl. auch die gegenſätzlichen l. 7. §. 12. D. de a. r. d. 41, 1 und l. 37. D. de R. V. 6, 1. l. 5. C. eod.

Digitized by Google

2. Wer von einem unverdächtigen Nichteigenthümer eine Sache redlicher Weise gegen Entgelt erwarb, kann Erstattung dessen, was er diesem hierfür gegeben oder geleistet hat, von dem Eigenthümer fordern, wenn er ihm jene Sache herausgeben muß.[10] Dies auf Grund deutschrechtlicher Anschauungen, während das römische Recht einen solchen Anspruch nur beim Vorhandensein der besondern Voraussetzungen einer negotiorum gestio zuließ.[11] Ein solches Erstattungsrecht hat der Erwerber von Grundstücken, wie von Mobilien.[12] Die Redlichkeit mußte im Augenblicke des Erwerbs vorhanden sein, späterer böser Glaube schadet nichts. Das Recht des redlichen Erwerbers geht auch auf dessen Rechtsnachfolger richtiger Ansicht nach über. Kannte dieser aber das Nichteigenthum seines Rechtsvorgängers, so kann er nur das von diesem Ausgelegte an dessen Statt fordern, war er selbst redlicher Erwerber, so darf er nach seiner Wahl das von ihm selbst oder das von seinem Autor für die Sache Geleistete vom Vindikanten verlangen.[13]

Aufgabe des Erwerbers ist es, um seine Gegenansprüche durchzusetzen, darzuthun, wieviel er seinem Verkäufer für die Sache geleistet hat. Auch muß er die Person des Verkäufers nachweisen. Die Unverdächtigkeit hat er aber nicht besonders zu begründen, vielmehr liegt es dem Vindikanten ob, die etwaigen Verdachtsgründe bloß zu legen.

3. Wer ein Grundstück vom Nichteigenthümer erwarb, während der Eigenthümer im Grundbuch stand, kann diesem gegenüber die Rechte eines redlichen Erwerbers wegen Verwendungen und Erstattung des dem Rechtsvorfahr Geleisteten nicht geltend machen, da sich Niemand dem Eingetragenen gegenüber mit der Unwissenheit einer in das Grundbuch eingetragenen Verfügung entschuldigen kann.[14] Es setzt dies aber freilich voraus, daß hinsichtlich der Identität des besessenen und des im Grundbuch eingetragenen Grundstücks kein Zweifel bestehen konnte.

---

10) L. R. I, 15 §. 25 ff. Vgl. oben §. 188. Sind mehrere Objekte zusammen für einen Kaufpreis erworben und sind einige vor der Herausgabe zufälligerweise zu Grunde gegangen, so muß eine Repartition stattfinden, wenn das Kaufobjekt nicht als eine Einheit anzusehen war. Entsch. des Obertrib. Bd. 74 S. 44.

11) l. 2. C. de furtis 6, 2. l. 3. l. 23. C. de R. V. 3, 32. l. 11. C. de neg. gest. 2, 19.

12) Ersatz der Kosten des Erwerbungsgeschäfts, welche an den Staat oder sonstige Dritte geleistet werden, z. B. des Kaufstempels, kann der redliche Erwerber vom Vindikanten nicht fordern; er muß sich dieselben vielmehr im Fall der Eviktion von seinem Rechtsvorfahr erstatten lassen. L. R. I, 11 §. 156.

13) Vgl. §. 188 Anm. 22.

14) L. R. I, 4 §. 19. Vgl. oben §. 245 Anm. 7.

Digitized by Google

§. 249. Klage aus früherem Besitz gegen Schlechterberechtigte.[1]

Die Entscheidung in der Eigenthumsklage dreht sich grundsätzlich nur um die Frage des Eigenthums oder Nichteigenthums des Klägers. Ist dies nachweisbar, so ist sie schlechthin gegen jeden Besitzer zuständig, gelingt der Nachweis des Eigenthums nicht, so führt die Klage nicht zum Ziel, sollte auch Kläger dargethan haben, daß ihm eher als dem Verklagten ein Anrecht an der Sache zusteht. Um dies relativ bessere Recht zur Geltung zu bringen, hatte jedoch bereits das prätorische Recht der Römer neben der Eigenthumsklage die actio Publiciana aufgestellt, mittelst deren gegen Schlechterberechtigte vindiciren konnte, wer einen Erwerbstitel für sich hatte, der ihm Eigenthum verschafft hätte, wenn er die Ersitzungszeit hindurch im Besitz gewesen wäre.[2]

Unter dem Einflusse älterer deutscher Rechtsanschauungen, nach welchen bei den Klagen um Sachen nicht das Recht an denselben als solches, sondern die den Besitzverlust des Klägers begleitenden Thatsachen die Verpflichtung zur Herausgabe Seitens des Inhabers vorzugsweise begründeten,[3] bildete sich aber in den Händen der romanistischen Theorie ein viel weiter gehendes Rechtsmittel, als das publicianische, zu Gunsten dessen aus, der ein besseres Recht auf den Besitz hat, als der derzeitige Inhaber. Das sogenannte possessorium ordinarium nämlich, ursprünglich nur zum Schutze des gegenwärtigen Besitzes bestimmt und also possessorisch, zog mehr und mehr die Frage an sich, wer das Recht zum Besitz habe, und wandelte sich so zu einer petitorischen Klage um, welche die römische Publiciana absorbirte. So hat das Rechtsmittel denn das preußische Recht aufgenommen.[4]

Nicht bloß der titulirte Sacherwerber hat die Klage, sondern wer immer redlicher Weise im Besitz oder in der Innehabung war, gleichgültig, ob er eigenthümlich, oder als Pfandgläubiger, Miether und Kommodatar oder als Depositar oder etwa gar als Finder besaß. Die Klage steht auch

1) L. R. I, 7 §. 161 ff. Ziebarth Realexekution und die Obligation S. 301 ff. v. Brünneck über die Kollision von mehreren vollständigen redlichen Besitzern und die actio Publiciana nach preußischem Rechte bei Gruchot Bd. 11 S. 840—874. Vgl. ferner Deurer über den Schutz des relativ besseren Rechts in Iherings Jahrb. I, 5. Bruns in Bekkers Jahrb. Bd. 4 S. 68 ff.

2) Gaj. Inst. IV. §. 36. Richtiger Ansicht nach war es nicht Erforderniß der Publiciana, daß der Kläger Besitz gehabt und verloren hat. Die Fiktion der Klagformel war: si anno possedisset, tum si ejus esse oporteret. Wenn man auch ursprünglich dabei zunächst an den Fall dachte, daß der besitzende Erwerber vor Vollendung der Ersitzungszeit den Besitz verlor, so ging man über den Rahmen der Klage nicht hinaus, wenn man dieselbe später auch solchen Titulirten gewährte, die niemals besaßen. l. 1. §. 2. l. 11. §. 1. l. 12. §. 1. D. h. t. 6, 2. Windscheid I, §. 199 Anm. 10.

3) Vgl. Laband die vermögensrechtlichen Klagen, z. B. S. 106 ff.

4) Vgl. oben §. 157.

Digitized by Google

nichteingetragenen ehemaligen Besitzern eines im Grundbuche verzeichneten Grundstücks zu, da sie auf Besitz und nicht auf Eigenthum gebaut ist. Außer dem dereinstigen Besitz, dessen Redlichkeit bis zum Gegenbeweis präsumirt wird,[5] hat aber der Kläger bei dieser Klage darzuthun, daß der Gegner weniger gut zum Besitz der Sache legitimirt sei, als er selbst. Während also bei der Eigenthumsklage der Schwerpunkt in dem Rechte des Klägers liegt, ist diese Klage grundsätzlich auf das schwächere Recht des Besitzers gestellt. Der Nachweis dieses schwächern Rechts kann aber geschehen:

a) dergestalt, daß Kläger geradezu die Unredlichkeit des jetzigen Besitzers darthut, da der unredliche stets dem redlichen Besitzer weichen muß.[6]

b) Der Kläger genügt seiner Beweispflicht auch durch den Nachweis, daß ihm der Besitz der Sache durch Gewalt, List oder Betrug,[7] oder sonst ohne seinen Willen entkommen sei.[8] In solchem Falle ist es nämlich Sache des Verklagten, seinen Besitztitel anzugeben und nachzuweisen. Verweigert er dies, so gilt er nunmehr als unredlicher Besitzer und unterliegt. Kommt er jener Verpflichtung nach, so ist es dem Kläger möglich, auf Grund des aufgehellten Thatbestandes die etwaige Unredlichkeit des Verklagten darzuthun und auf Grund dieses Nachweises zu siegen.[9]

c) Auch gegen einen redlichen Besitzer siegt der Kläger, wenn beide Theile zwar von demselben Rechtsvorfahren erworben haben, Kläger aber früher — redlicherweise — in den Besitz gesetzt war.[10] [11]

---

5) L. R. I, 7 §. 179; allein kann dies freilich die Klage nicht begründen, vgl. Striethorst Bd. 81 S. 357.

6) L. R. I, 7 §. 178.

7) L. R. I, 7 §. 184.

8) L. R. I, 15 §. 34. In diesem Paragraphen wird vom Kläger der Nachweis verlangt, „daß die Sache seinem rechtmäßigen Besitze ohne seinen Willen entkommen sei," um den Verklagten zu verpflichten, seinen Besitztitel darzuthun. Hierauf gestützt, behaupten Manche, z. B. Koch zu L. R. I, 15 §. 34, Kläger müsse im Falle des §. die Rechtmäßigkeit seines Besitzes nachweisen. Mit Unrecht. Die Rechtmäßigkeit des Besitzes wird zunächst präsumirt L. R. I, 7 §. 179. Wäre sie vollständig dargethan, so wäre nicht abzusehen, warum dem Kläger, dessen Recht hierdurch begründet wäre, noch aufgelegt werden sollte, daß ihm der Besitz ohne Willen entkam. Anders v. Brünneck a. a. O. S. 857. Derselbe nimmt an, daß hier von einem „titulirten" Besitz die Rede sei, und will hierdurch erklären, warum in L. R. I, 15 §. 34 das Gesetz einen Schritt weiter geht als L. R. I, 7 §. 184.

9) Der Richter kann auch seinerseits vom Verklagten Angabe des Besitztitels unter dem Präjudiz fordern, daß der Verklagte als unredlicher Besitzer erachtet werde. L. R. I, 7 §. 185. Manche, z. B. Koch a. a. O., scheinen diese Bestimmung als unpraktisch anzusehen, weil sie mit der Untersuchungsmaxime des Processes der landrechtlichen Zeit zusammenhänge. Sie wird aber zur Anwendung zu kommen haben, wenn Kläger die Unredlichkeit des Besitzes des Verklagten wenigstens wahrscheinlich gemacht, wenn auch nicht vollständig erwiesen hat. Ziebarth a. a. O. S. 304.

10) L. R. I, 10 §. 23. Dabei greift das Recht zur Sache ein. Denn wer früher in den Besitz gesetzt war, kann gegen denjenigen, der den Besitz später an sich

Digitized by Google

Der Verklagte vertheidigt sich in allen Fällen dadurch wirksam, daß er den Besitz, welchen der Kläger dereinst hatte, als einen unredlichen darthut. Ferner durch den Nachweis, daß der Kläger für ihn nur die Innehabung hatte und ihm also zu weichen schuldig war.[12]

Das Petitum der Klage ist Anerkennung des bessern Rechts des Klägers zum Besitze und Verurtheilung des Verklagten in Alles, was derselbe dem Kläger bei der Eigenthumsklage zu leisten hätte.[13]

§. 250. Die negatorische Klage.

Die actio negatoria,[1] welche das römische Recht ausschließlich behufs Abwehr einer angemaßten Servitut aufgestellt hatte,[2] wurde

---

brachte, nicht obsiegen, wenn dessen Titel, den er von dem gemeinsamen Rechtsvorfahr hatte, der ältere war, und Kläger beim Erwerb das Vorhandensein dieses ältern Rechts zur Sache gekannt hatte.

11) Die römischen Juristen sind bekanntlich verschiedener Ansicht über die Frage, ob ein publicianisch Berechtigter auch gegen denjenigen publicianisch Berechtigten obsiegt, welcher zwar später erwarb, als der Kläger, aber nicht von demselben Rechtsvorfahr, was Julian verneinte l. 9. §. 4. D. de Publ. in rem a. 6, 2, Neratius bejahte l. 31. §. 2. D. de a. e. 19, 1. Die Kontroverse kehrt im preußischen Rechte wieder. Die Einen — Koch Besitz 2. Aufl. S. 301, Ziebarth a. a. O. S. 301 — behaupten mit Neratius, der frühere Besitzer habe die Vermuthung des Eigenthums für sich gehabt, ehe der spätere den Besitz ergriff, und dies müsse ihm das Uebergewicht sichern, Andre nehmen mit mehr Recht an, die Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des ehemaligen und des jetzigen Besitzers sei hier mindestens eine gleiche, so daß der Kläger nicht durchdringen könne. — v. Brünneck a. a. O. S. 842 ff. Man kann auch nicht mit Savigny System VII. S. 308 not. m den Fall, in welchem die redlichen Prätendenten, welche von verschiedenen Vorfahren erwarben, gegen einen dritten schlechteren Besitzer mit der Publicianischen Klage auftreten, nach den Principien des Neratius entscheiden, wie dies theilweise v. Brünneck a. a. O. zugiebt. Vielmehr muß die Prävention der Klage über den Vorzug entscheiden, wenn die Klagen beider Prätendenten in einem Verfahren behandelt werden. Sind die Klagen unabhängig von einander angestellt, so wird die Oberhand behalten, wer zuerst die Exekution durchsetzt.

12) L. R. I, 7 §§. 163 ff.

13) l. 7. §. 8. D. de Publ. in rem a. 6, 2.

1) Die actio negatoria zum Zwecke der Anerkennung der Freiheit eines Grundstückes ist im forum reale des Grundstücks des Klägers einzubringen — nicht also im forum des angeblich herrschenden Grundstücks des Verklagten. So ausdrücklich R. C. P. O. §. 25 in der Uebereinstimmung mit dem gemeinen Proceß; in Preußen war die Frage kontrovers. Mit der actio negatoria konkurrirt im preußischen Rechte die Diffamationsklage. Nach gemeinem Rechte ist dies wegen der Subsidiarität dieser Provokationsklage bestritten. Nach der R. C. P. O. kommt nur noch die Anerkennungsklage in Frage.

2) Daher wird die actio negatoria stets als Streit über eine Servitut von den Römern bezeichnet Tit. D. 7, 6 und 8, 5. l. 2. D. si serv. vind. 8, 5 de servitutibus in rem actiones nobis competunt, tam confessoria, quam negatoria, und es erklärt sich hieraus l. 8 §. 6. D. si serv. vind. Vgl. Schmidt Zeitschrift f. geschichtl. Rechtsw. Bd. 15 n. 6 VIII, ferner Brinz Pand. I, §. 171. Allerdings gab ein Jurist — Marcellus — in der l. 11. D. si serv. vind. 8, 5 auch dem Miteigenthümer eine Klage mit der Formel der actio negatoria gegen einen Miteigen-

Digitized by Google

bereits von der gemeinrechtlichen Praxis gegenüber jeder unberechtigten Antastung der Freiheit des Eigenthums gegeben. In dieser Ausdehnung hat die preußische Praxis die Klage übernommen.[3] Sie ist daher zuständig zur Abwehr von dinglichen Nutzungsrechten, z. B. Nießbrauch, Grundgerechtigkeiten, dinglich gewordenen Mieths- und Pachtrechten, desgleichen zur Abweisung von Rechten auf die Substanz, ferner dient sie dazu, um die richterliche Feststellung der Ungültigkeit einer eingetragenen Hypothek, eines Vorkaufsrechts oder einer Vormerkung, sowie die Löschung solcher Einschreibungen durchzusetzen,[4] desgleichen können Ansprüche, welche sich auf das Nachbarrecht stützen, endlich selbst Reallasten mit dieser Klage abgewehrt werden. Nur da ist diese Klage nicht zuständig, wo es sich bloß um eine angebliche persönliche Verpflichtung des Eigenthümers handelt, welche zunächst nur ein Recht zur Sache begründen würde.

1. Zur Klaganstellung ist vor Allem legitimirt der Eigenthümer — auch der einzelne Miteigenthümer — derjenigen Sache, deren Freiheit angetastet wird. Ob aber auch negatorisch klagen kann, wem nur ein dingliches Recht an der angeblich dienenden Sache zusteht, wie der Nutznießer, Pächter, Miether, der Hypothekar, ist nach preußischem Rechte bestritten.[5] Wir stehen nicht an, diese Frage für den Fall zu bejahen, daß der dinglich Berechtigte durch das angemaßte Recht des Dritten in der Ausübung seiner Befugnisse eine Schmälerung erleiden würde.[6]

---

thümer, welcher die Grenzen seines Rechts überschreitet. Allein gerade diese Ausdehnung wird von andern Juristen — Paulus — verworfen — l. 26 D. de serv. pr. urb. 8, 2 neque prohibere potest, quominus alter faciat: nulli enim res sua servit. cfr. l. 4. D. de serv. leg. 33, 3. l. 3 §§. 1. 2. D. de o. n. n. 39, 1. Wäre aber auch diese besondere Ausdehnung der actio negatoria anerkannt worden, so wäre doch hieraus der generelle Satz keinenfalls zu entnehmen, daß die Römer die actio negatoria bei jeder Eigenthumsverletzung zuließen. So jedoch Puchta §. 172. Bangerow I. §. 353 Anm. 1. Windscheid I. §. 198 Anm. 8.

3) Vgl. A. G. O. I, 32 §. 2.

4) Striethorst Archiv Bd. 24 S. 204 ff. Vgl. auch Seuffert Archiv Bd. 9 n. 19. 138. Bd. 12 n. 247.

5) Nach römischem Rechte stand dem Pfandgläubiger wegen der dem Pfandgrundstück gebührenden oder der an demselben prätendirten Servituten die confessoria und demnach auch die negatoria actio zu l. 16 D. de servit. 8, 1. l. 9. D. de o. n. n. 39, 1. Dagegen wurden dem Usufruktuar diese Klagen zwar von der herrschenden Ansicht der römischen Juristen abgesprochen, man gestattete ihm aber: vindicare usufructum ab eo, qui opus novum facit l. 1 §. 20. D. de o. n. n. 39, 1. Der Unterschied lag hauptsächlich darin, daß der Pfandgläubiger bei der richterlichen Aestimation im Falle des Ungehorsams des Verklagten den vollen Werth der Servitut beitrieb, der Usufruktuar hingegen nur den Betrag, um welchen sich sein Nutzgenuß durch Nichtgewährung der Servitut oder Nichtunterlassung der Störung verschlechterte. Dernburg Pfandrecht II, S. 389 ff.

6) Für die gegentheilige Ansicht beruft man sich auf L. R. I, 19 §. 10, nach welchem über die Richtigkeit eines dinglichen Rechts auf die Substanz einer fremden Sache nur mit dem Eigenthümer oder vollständigen Besitzer derselben verhandelt wer-

Digitized by Google

2. Die Klage ist durchführbar gegen Jeden, der sich entweder thatsächlich[7] oder wörtlich[8] ein die Freiheit des Eigenthums beschränkendes Recht anmaßt. Störungen, die nicht auf ein dingliches Recht gegründet werden und die auch thatsächlich keine Fortsetzung in der Zukunft erwarten lassen,[9] sind nicht mit dieser Klage zu verfolgen. Hat Jemand im Auftrage eines Andern gehandelt, fährt er z. B. als Knecht in Anmaßung einer Fahrgerechtigkeit seines Herrn über einen fremden Acker, so kann die Klage auch gegen den Beauftragten gerichtet werden.[10]

3. Das principielle Klagbegehren geht auf richterliche Anerkennung des Nichtbestehens der vom Verklagten angesprochnen Berechtigung. Hieran knüpft sich je nach dem Antrage und der Sachlage die Verurtheilung des Verklagten zur Beseitigung der von ihm errichteten oder in seinem Besitze stehenden den Kläger störenden Anlagen oder zur Löschungsbewilligung der etwaigen Einträge des angemaßten Rechts im Grundbuche;[11] ferner die Untersagung weiterer Störung bei Strafe.[12] Was die Schadloshaltung des Klägers

---

den soll. Jedoch bezieht sich diese Gesetzesbestimmung offenbar nur auf konfessorische — respektive hypothekarische Klagen. Hier bewirkt sie keine materielle Rechtsverklümmerung, da der angeblich Berechtigte sich seine Gegner der Vorschrift des Gesetzes gemäß vorladen lassen kann. Ganz anders, wenn man den unvollständigen Besitzer seinerseits verhindern wollte, negatorisch zu klagen. Nimmt man übrigens mit Franklin bei Gruchot Bd. 5 S. 31 an, daß z. B. der Pächter eines Grundstücks, an welchem eine Weggerechtigkeit in Anspruch genommen wird, gegen den Prätendenten der Servitut eine dingliche Klage anstellen könne, daß diese Klage jedoch keine negatoria sei, so dreht sich der Streit im Grunde nur um Worte. Unrichtig ist aber allerdings die Behauptung, daß der Pächter nicht für sich die Vermuthung der Freiheit des Eigenthums in Anspruch nehmen könne.

7) Die Klage ist z. B. zulässig, wenn ein Nachbar sein Vieh auf unserm Grundstück weiden läßt, auch wenn er sich kein Recht deshalb ausdrücklich zuschreibt, falls sich nur aus dem Hergange die Anmaßung eines Rechts ergiebt. Vgl. Witte in Linde's Zeitschrift n. F. Bd. 13 S. 409. Windscheid I, §. 198.

8) l. 5 §. 7. D. usufr. pet. 7, 6. A. G. O. I, 32 §. 2. Gemeinrechtlich ist jedoch die Sache nicht unbestritten. Dagegen u. A. Windscheid I, §. 198 Anm. 7.

9) Es hat z. B. Jemand einen Baum auf meinem Grundstücke beschädigt, ohne dies auf ein fortdauerndes Recht zu stützen.

10) Der Beauftragte hat jedoch das Recht der sogenannten nominatio auctoris.

11) Was die Kosten dieser Vollziehungsmaßregeln betrifft, so kann es nach preußischem Rechte nicht zweifelhaft sein, daß sie der Kläger zu tragen hat, wenn der Verklagte redlicher, der Verklagte, wenn er unredlicher Besitzer war, vgl. L. R. I, 7 §§. 220. 243. Ebenso ist aber nach gemeinem Rechte zu unterscheiden arg. l. 10 bis 12 D. de R. V. 6, 1. Es ist daher nicht richtig, sie mit Windscheid I, §. 198 Anm. 3 dem Verklagten schlechthin zur Last zu legen. Vgl. Ihering Jahrb. für Dogm. VI, S. 97 ff.

12) Nach römischem Rechte hatte der Verklagte eine sogenannte cautio de non turbando zu leisten l. 7. l. 12. D. si serv. vind. 8, 5. In Gemäßheit des §. 162 des jüngsten Reichsabschieds ist gemeinrechtlich der Regel nach statt einer solchen Kaution eine Strafandrohung im Urtheil auszusprechen. Dies ist in die preußische Praxis übergegangen. Jedoch wird Sicherheitsstellung unter den Voraussetzungen von L. R. I, 7 §§. 151—153 gefordert werden können. Vgl. oben §. 158 Anm. 19.

Digitized by Google

betrifft, so entscheiden die allgemeinen Grundsätze. Den unredlichen Störer trifft die volle Ersatzpflicht. Wer in redlicher Meinung verfuhr, hat für die Zeit vor dem Proceßbeginn nichts zu leisten, nachher für Verschuldung einzustehen und etwa noch gezogene Nutzungen herauszugeben.[13]

4. Kläger hat den wesentlichen Grund der Klage, die Freiheit des Eigenthums zwar zu behaupten,[14] nicht aber zu beweisen, da für diese Freiheit die Vermuthung spricht. Darzuthun hat er daher nur sein Recht, die Sache zu vertreten, wozu bei uns der Nachweis des vollständigen Besitzes der Regel nach genügt, welcher ihn äußerlich als Eigenthümer bezeichnet.[15] Bei eingetragenen Grundstücken reicht nach dem neuen Grundbuchrecht die Eintragung als Eigenthümer hin. Kann man sich aber noch auf den vollständigen Besitz zur Legitimation berufen, wenn ein Anderer als Eigenthümer der angeblich herrschenden Sache eingetragen ist? Man wird hieran nicht zweifeln dürfen, da der Besitz immer noch die Vermuthung einer Rechtmäßigkeit hat, die nur dem Eingetragenen gegenüber nicht gilt. Dazu liegt dem Kläger der Nachweis der Klagveranlassung ob, also der Antastung der Freiheit seiner Sache. Sache des Verklagten ist es dann, seinerseits die Existenz des von ihm prätendirten Rechtes[16] nachzuweisen.[17]

Was der Verklagte zu diesem Zwecke darzuthun hat und welche Thatsachen vom Kläger replicando dagegen anzuführen und nachzuweisen sind, richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Stützt sich z. B. der Verklagte auf ein Miethrecht, so genügt es, daß der Miethkontrakt für ihn spricht, etwaige Beendigungsgründe, die sich nicht hieraus ergeben, sind vom Kläger

---

13) Oben §. 131 Anm. 4—6. l. 4 §. 2. D. si serv. vind. 8, 5.

14) Gesteht der Kläger eine gewisse Berechtigung des Verklagten zu und behauptet nur eine Ueberschreitung derselben, so ist erforderlich, daß in der Klage die Grenzen des zugestandnen Rechts genau angegeben seien, damit sich die Thatsache der Ueberschreitung klarstelle. Vgl. Koch Proceßpraxis S. 172.

15) L. R. I, 7 §. 176, vgl. oben §. 156 Anm. 4. Daß dies nicht römisch-rechtlich ist, versteht sich von selbst.

16) Es ist natürlich erforderlich, daß das fragliche Recht gerade dem Verklagten zustehe, es genügt zu dessen Vertheidigung nicht, wenn dasselbe zu Gunsten eines Dritten existirt. Vgl. das Beispiel in l. 4 §. 7. D. si serv. vind. 8, 5. Wird daher der Einwand auf eine Prädialservitut gegründet, so muß der Verklagte berechtigt sein, dieselbe auszuüben, um sich auf dieselbe berufen zu können, sei es als Eigenthümer des Grundstücks oder publicianischer Besitzer oder Nutzungsberechtigter.

17) Dies ist nach preußischem Rechte zweifellos, L. R. I, 7 §§. 181. 182. Entsch. des O. T. Bd. 15 S. 453, da die Freiheit des Eigenthums vermuthet wird, so daß sie die Präsumtion für die Rechtmäßigkeit des Besitzes überwiegen soll. Nach gemeinem Rechte ist die Frage bekanntlich sehr bestritten. Die jetzt herrschende Meinung geht analog dem preußischen Rechte dahin, daß dem Kläger gegenüber, welcher sein Eigenthum dargethan hat, der Verklagte, auch wenn er im Besitze sei, das beschränkende Recht zu beweisen habe. Puchta §. 172°. Bangerow I, §. 353 Anm. 2. Windscheid I, §. 198 Anm. 15. Dagegen u. A. Brinz Pand. I, §. 171.

Digitized by Google

darzuthun. Steht dem Verklagten die Eintragung seines Rechts im Grundbuch zur Seite, so thut sie zunächst sein Recht dar, der Kläger hat seinerseits die Unrechtmäßigkeit der Eintragung zu beweisen.

VI. Die Rechtsverhältnisse der Gewässer[1] und öffentlichen Wege.

§. 251. Allgemeines. Die Arten der Gewässer.

Das offene Meer ist der dauernden menschlichen Beherrschung unfähig, so daß an Meeresstrecken Privateigenthum nicht stattfindet. Dagegen sind die Gewässer des Festlandes des Eigenthums fähige Objekte. Denn wenn auch die fließende Welle als solche sich, wie die Luft, in natürlicher Freiheit befindet,[2] so kann doch der durch sie erfüllte Raum nicht weniger dem Privateigenthum unterstehen, wie die übrige Oberfläche des Festlandes.[3] Es sprechen dies die Römer für ihre Privatflüsse ausdrücklich aus.[4] Richtiger Ansicht nach bildete aber auch für die Rechte des römischen Staats an den öffentlichen Flüssen die Annahme eines Eigenthumsrechts die Grundlage.[5] Jedenfalls ist bei uns das Recht des Staats und der Privaten am Flußgebiete

---

1) Vgl. Lette und Rönne Landeskulturgesetzgebung II, 2 S. 569 ff. Scheele preußisches Wasserrecht 1860. Nieberding Wasserrecht u. Wasserpolizei 1860. Baumert Unzulänglichkeit der Wassergesetze 1876. Die gemeinrechtliche Literatur ist sehr reich. Vgl. u. A. Elvers Beitr. zum Wasserrecht. Themis n. F. I, S. 413 ff. Schwab Archiv f. c. P. Bd. 30. Beilageheft, Börner ebendaselbst Bd. 38 n. 7. 15. Endemann das ländliche Wasserrecht 1862. Kappeler der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs Zürich 1867. Gerber §§. 61. 63. Beseler §. 197. Windscheid I, §. 146.

2) l. 2 §. 1. D. d. R. D. 1, 8, oben §. 67 sub 1.

3) Dies erkennt auch Windscheid an: I, §. 146 Anm. 6. Anders z. B. Kappeler a. a. O. S. 43.

4) l. 1 §. 4. D. de flumin. 43, 12 nihil differt a caeteris locis privatis flumen privatum.

5) Für die Behauptung, daß das Recht des Staates an den öffentlichen Flüssen nach römischer Ansicht nicht Eigenthumsrecht sei, führt man hauptsächlich zwei Gründe an. Einmal: daß überhaupt die römischen res extra commercium, zu welchen die öffentlichen Flüsse gehören, nur dem sogenannten Hoheitsrechte unterworfen seien, dagegen unmöglich im Eigenthum des Staats stünden, da Eigenthum durch den Begriff der Extrakommercialität ausgeschlossen sei. Das Unrichtige dieser Auffassung wird heutzutage von der Mehrzahl der Schriftsteller anerkannt. Vgl. Dernburg Rechtsgutachten betreffend die Festungswerke der Stadt Basel 1862. Wappaeus von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen. Göttingen 1867. Windscheid I, §. 146 Anm. 15 u. ff. Einen zweiten besonderen Grund aber gegen das Eigenthumsrecht des Staates an den öffentlichen Flüssen entnimmt man dem Satz, daß die im Fluß entstandene Insel und daß das verlassene Flußbett den anstoßenden Grundeigenthümern gehört. Windscheid I, §. 146 Anm. 11. Allein die Römer giengen von der Ansicht aus, daß der Fluß eben nur in seiner Eigenschaft als Fluß dem staatlichen Eigenthum unterstehe. Wenn der Fluß daher das frühere Bett dauernd verläßt, und dies ist auch bei Entstehung einer Insel der Fall, so hört insoweit das bisherige Staatseigenthum auf, um an dem neuen Bette zu entstehen. l. 30 §. 3. D. de a. r. d. 41, 1: flumina censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant et ex publico in privatum.

Digitized by Google

dem Eigenthumsbegriff unterzuordnen.[6] Immerhin ist das Eigenthumsrecht an Gewässern ein besonders bestimmtes und vielfach beschränktes, namentlich in Folge des Gemeingebrauchs, welcher dem Publikum in mehr oder minder ausgedehntem Maße an dem fließenden Gewässer zusteht.

Die hauptsächlichste Eintheilung der Gewässer in öffentliche und in nichtöffentliche ist dem römischen Rechte entnommen, hat aber eine wesentlich abweichende Bedeutung bei uns erhalten. Die Römer betrachteten nämlich alle nicht periodisch versiegende, in festen Gerinnen frei fließenden Gewässer als öffentliche, d. h. als dem Staate zugehörig und außer dem Privatverkehr stehend.[7] In Folge dessen war die römische Verwaltung im Stande, den Gemeingebrauch und die Bewässerung bei allen ständigfließenden Gewässern nach billigem Ermessen frei zu regeln, insoweit sie sich nicht selbst durch ertheilte Privilegien gebunden hatte.[8] Dem deutschen Rechte war eine soweit gehende staatliche Aneignung der Gewässer fremd. Vielmehr erachtete man die kleineren fließenden Gewässer überwiegend als Gegenstand der gewöhnlichen Privatherrschaft.[9] Nur die großen schiffbaren Ströme entzogen sich derselben, worauf der Umstand von Einfluß war, daß sie das lombardische Recht für regal erklärt hatte.[10] Hieraus entwickelte sich die in das preußische Recht übergegangene gemeinrechtliche Lehre,[11] wonach die schiffbaren Ströme

---

6) L. R. II, 14 §. 21: „die Land- und Heerstraßen, die von Natur schiffbaren Ströme, das Ufer des Meeres und die Häfen sind ein gemeines Eigenthum des Staates." Doch sind die Ansichten auch bei uns sehr getheilt. Siehe weiteres unten §. 252.

7) Viele Schriftsteller behaupten, daß nach römischem Rechte die eigentlichen „Flüsse" den Bächen entgegenzusetzen seien und daß nur die beständig fließenden Flüsse, nicht aber Bäche öffentlich gewesen seien. Dem widerspricht aber, daß nach römischem Sprachgebrauch flumen an sich alle fließenden Gewässer bedeutet und daß von besondern Rechtsverhältnissen über die Bäche nirgends die Rede ist. Allerdings findet sich in l. 1 §. 1. D. de flumin. 43, 12 die Bemerkung „flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium." Indessen ist hieraus nur zu folgern, daß flumen in einem engern Sinne auch wohl unter Umständen dem rivus entgegengesetzt wird, und daß etwa einzelne rechtliche Verschiedenheiten eintreten konnten, keineswegs ist der Schluß gerechtfertigt, daß die Rechtstheorie über die flumina überhaupt sich nicht auf die rivi bezogen habe. Vgl. auch l. un. §. 4. D. ne quid in flumine 43, 13. Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Windscheid I, §. 146 Anm. 7. Dagegen u. A. Börner Archiv f. c. Pr. Bd. 38 S. 155 ff.

8) Cfr. l. 17. D. de serv. pr. rust. 8, 3: aquam de flumine publico pro modo possessionum ad irrigandos agros dividi oportere: nisi proprio quis iure plus sibi datum ostenderit.

9) Und zwar je länger je mehr. Ursprünglich überwog allerdings der Gedanke des Gemeingebrauchs der Gewässer, so daß die Nutzung vielfach ein gemeines Recht der Markgenossen war. Vgl. Sachsenspiegel II, 28 §. 1 ff. — Meurer, Wasserrecht von 1570 Fol. 29 bei Kraut §. 89.

10) Const. Friderici a. 1158 II. feud. 56.

11) Doch leugnet Windscheid I, §. 146 Anm. 9 die Gemeinrechtlichkeit des Satzes.

Digitized by Google

als öffentliche dem Staatseigenthum unentfremdbar unterworfen sind, während die nicht schiffbaren Wasser der Privatherrschaft unterliegen.

§. 252. Fortsetzung. Die öffentlichen Gewässer.

Oeffentlich sind bei uns die von Natur[1] schiffbaren Ströme von dem Punkte an, wo diese Schiffbarkeit beginnt und soweit solche besteht.[2] Außerdem werden wie schiffbare Flüsse behandelt die schiffbaren Meeresarme, Buchten und Häfen.

An den öffentlichen Gewässern ist der dem Publikum zugesicherte Gemeingebrauch besonders weitgreifend. Derselbe stellt namentlich Jedermann die Schifffahrt unter der Verpflichtung der Beobachtung der strompolizeilichen Vorschriften offen,[3] ferner den Gebrauch des Flußwassers durch Schöpfen, Baden und Tränken.[4] Endlich hat auch Jedermann, soweit es die Flußpolizei nicht verwehrt, das Recht, Sand, Steine und Schlamm aus dem Bette des öffentlichen Flusses zu entnehmen.[5]

---

1) L. R. II, 14 §. 21. II, 15 §. 38. Der Staat kann zwar gegen Entschädigung Privatflüsse schiffbar machen. Doch sieht man hierin nur eine Beschränkung der Rechte der Eigenthümer. Soweit aber ihr Eigenthumsrecht mit der jetzigen Bestimmung des Flusses vereinbar ist, bleibt es in Wirksamkeit, es erhält sich z. B. ihr Jagdrecht auf dem Flußgebiete.

2) Ob auch der nichtschiffbare Lauf eines schiffbaren Flusses öffentlich sei, ist gemeinrechtlich bestritten und es hat sich diese Streitfrage auf das preußische Recht fortgepflanzt. Mit Recht hat sich der Plenarbeschl. vom 3. Juni 1867 Präj. n. 2748, Entsch. Bd. 58 S. 1 für die verneinende Ansicht ausgesprochen. Denn der schiffbare Strom bildet sich erst durch die sich vereinigenden Wasserläufe; konsequenterweise müßte man daher nach der Gegenansicht dem gesammten Flußnetze den Charakter der Oeffentlichkeit beilegen, da es etwas Zufälliges ist, daß man gerade den Namen eines der Flüsse, aus denen er entsteht, für den vereinigten Strom beibehält. Dies würde aber zur Auflösung des gesetzlichen Kennzeichens der Schiffbarkeit führen und der Absicht, welche bei der Unterscheidung herrschte, zuwiderlaufen. Vgl. weiter Entsch des O. T. Bd. 80 S. 136 über die nicht schiffbaren Strecken eines oberhalb schiffbaren Flusses.

3) L. R. II, 15 §. 47. Unverbundenes Holz auf schiffbaren Strömen zu flössen gilt dagegen als Vorbehalt des Staates L. R. II, 15 §. 49.

4) L. R. II, 15 §. 44.

5) Wem das Recht an dem im Flußbette sich ansammelnden Sand, Kies, Steinen zustehe, ist gemeinrechtlich sehr bestritten. a. Die Einen, z. B. Holzschuher Kasuistik II, §. 92, Frage 2, Kori Archiv f. civilistische Praxis Bd. 18 S. 49, betrachten die Gewinnung dieser Nebennutzungen als Jedermann freistehend. b. Andere, z. B. Klüber Recht des deutschen Bundes 3. Ausg. §. 458 erstrecken das Wasserregal des Staates auch auf Sand und Steine. c. Diejenigen, welche den Grund und Boden der öffentlichen Flüsse als eine Fortsetzung der Ufergrundstücke bis zur Mittellinie des Flusses ansehen, z. B. Puchta Pand. §. 165. Börner Archiv für civ. Pr. Bd. 38 S. 180, müssen den Sand und Kies den Eigenthümern dieser angrenzenden Grundstücke zuerkennen. Vgl. Kuntze zu Holzschuher l. c. II, §. 92 Frage 18. — Im preußischen Recht fehlt eine positive Bestimmung. Eine Entscheidung des Obertribunals Bd. 42 S. 54 hat die Klage des Fiskus auf Herausgabe der von einem Flußanlieger im Bette eines öffentlichen Flusses gebrochenen Steine abgewiesen. In den Gründen wird einmal das Eigenthum der Flußanlieger bis zur Mittellinie des öffentlichen Flusses behauptet, dann aber auch

Digitized by Google

Soweit dieser Gemeingebrauch nicht eingreift, hat der Staat das ausschließliche Nutzungsrecht am Flusse, welches sich auf sein gemeines Eigenthum an demselben gründet.[6] Beispielsweise hat der Staat das ausschließliche Recht, Fähren über den Strom zu halten, Brücken anzulegen, den Fischfang zu betreiben,[7] Rechte, die er jedoch als sogenannte Regalien Privaten verpachten oder veräußern kann. Ferner ist die Errichtung von Wassertriebwerken und die Anlage von Wasserleitungen an öffentlichen Flüssen von der Verleihung durch den Staat abhängig.[8] Ob der Staat berechtigt ist, diese Verleihungen beliebig zurückzunehmen, oder neue konkurrirende Verleihungen vorzunehmen, welche deren Nutzbarkeit beschränken, ist nach Verschiedenheit der Fälle unter Zugrundelegung der gesetzlichen Vorschriften über Privilegien zu beurtheilen.[9]

Als Eigenthümer des Stromes steht dem Staat in Folge der neuern Jagdgesetze die Jagd auf dessen Raumgebiet nothwendigerweise zu, so daß eine dauernde Uebertragung an Dritte nicht mehr zulässig ist.[10]

Mit dem Eigenthumsrecht des Staates an den öffentlichen Flüssen konkurrirt seine polizeiliche Gewalt, wonach er für die Erhaltung der im Flußgegebenen natürlichen Wasserstraße zu sorgen hat. Beschränkt der Staat aus polizeilichen Rücksichten den gemeinen Gebrauch, so kann er zur Entschädigungsleistung nicht angehalten werden.

Nach strengem Rechte wäre der Staat an sich auch dann nicht entschädigungspflichtig, wenn er den Lauf des Flusses verlegt und hierdurch diejenigen beschädigt, welche bisher an dessen Nutzungen Theil hatten. Das Landrecht hat aber in dieser Hinsicht Billigkeit in weitem Maße walten lassen. Der Staat soll die Fischereiberechtigten, — wenn sie nicht ein bloß prekäres Recht hatten — entschädigen, falls das frühere Flußbett nicht mehr befischt werden kann, und der neue Kanal ihnen keinen Ersatz gewährt.[11] Ja, es wird der Staat allgemein zur Entschädigung der Anwohner des frühern Flußbettes verpflichtet, also auch wegen der Vortheile, welche denselben bisher der Gemeingebrauch des Flusses gewährte.[12]

---

auf das Recht des Gemeingebrauchs Bezug genommen. Der erste Grund, schon nach gemeinem Rechte unrichtig, ist nach preußischem Rechte sicher falsch. Es müßten ja hiernach die Anlieger auch das Jagdrecht bis zur Mittellinie des Flusses haben. Der zweite Grund hingegen enthält den zutreffenden Gesichtspunkt.

6) L. R. II, 14 §. 21. II, 15 §. 38.

7) L. R. II, 15 §§. 50. 52. 73.

8) Cfr. l. 1 §. 43. D. de aqua quotidiana 43, 20 datur ius aquae ducendae interdum praediis, interdum personis.

9) L. R. Einl. §. 54 ff. oben §. 25.

10) Entsch. des O. Trib. Bd. 26 S. 396 ff.

11) L. R. II, 15 §. 72.

12) L. R. II, 15 §. 71.

Digitized by Google

§. 253. Die nicht öffentlichen Gewässer.

Die nicht öffentlichen Gewässer unterliegen je nach ihrer Beschaffenheit verschiedener Beurtheilung. Die geschlossenen Gewässer, also Seen, Teiche, Brunnen, sind der Verfügungsmacht ihres Eigenthümers regelmäßig unbeschränkt unterworfen, so daß diesem die beliebige Benutzung ihrer Wassermasse, ja das Recht der Trockenlegung ihres Bettes zusteht.[1] Anders bei den Privatflüssen. Für dieselben hat insbesondre das Gesetz vom 28. Febr. 1843 Bestimmungen getroffen, bei welchen das Interesse der Bodenkultur, namentlich der Bewässerung der Grundstücke vorwiegend berücksichtigt wurde.

Privatflüsse im technischen Sinne sind alle nicht von Natur schiffbaren Gewässer — Flüsse, Bäche, Abflüsse von Quellen und Seen —, wenn sie in festen Gerinnen dahinfließen und die Grundstücke verschiedener Besitzer bespülen.[2 3] Es gehören zu denselben also nicht nur natürliche Wasserläufe, sondern auch künstliche Gräben und Kanäle, durch welche das Wasser dahinströmt, wenn sich auch zwischen natürlichen und künstlichen Kanälen einzelne rechtliche Verschiedenheiten finden. Die Privatflüsse stehen im privaten Eigenthum.[4] Und zwar gelten der Regel nach die beidseitigen Uferbesitzer als Eigenthümer der längs ihrer Ufer sich hinziehenden Flußstrecken bis zur Mittellinie des Flusses; es kann indessen das Eigenthumsrecht am Fluß durch Specialtitel oder nach lokalem Rechte andern Personen zustehen. Dieses private Eigenthumsrecht ist aber durch die kollidirenden Rechte der andern am Flusse Berechtigten,[5] und durch die Rücksichten auf öffentliche Interessen besonders beschränkt.

1. Der freien Verfügung des Flußeigenthümers über das Flußgebiet steht die Pflicht entgegen, den Wasserlauf nicht durch Veränderungen des Flußbettes zu beeinträchtigen. Daher ist z. B. das Einkarren und Einschwemmen

---

1) Vgl. L. R. I, 9 §§. 176. 185. Boele in Ulrichs Archiv Bd. 2 S. 635 ff.

2) Gesetz vom 28. Februar 1843 über die Benutzung der Privatflüsse §. 1. Nicht hierher gehören Quellwasser, welche sich nicht in einem bestimmt abgegrenzten Bett über benachbarte Grundstücke ergießen.

3) Eine interessante Frage ist, ob und wieweit die Bestimmungen dieses Gesetzes bei Grenzflüssen, z. B. Rußland und Preußen scheidenden, den Anliegern ausländischer Grundstücke zu Gute kommen. Das O. Trib. hat. Entsch. Bd. 78 S. 307 die Anwendung verneint, weil die Besitzer ausländischer Grundstücke durch das Gesetz ihrerseits nicht gebunden und Recht und Pflicht hier korrelat seien.

4) Daß Privatflüsse im Eigenthum stehen, spricht unter Anderem aus L. R. II, 15 §. 39, eine Basis, welche wir um unbestimmter Vorstellungen willen nicht verlassen dürfen. Wem sollte sonst z. B. die Jagd auf dem Raumgebiet des Flusses gehören? Wie sollte die Frage des im Flußbett gefundenen Schatzes regulirt werden?

5) L. R. I, 8 §. 99 sprach den Gedanken zuerst, wenn auch etwas zu allgemein aus. Daher ist der Umfang des hieraus sich ergebenden Widerspruchsrechts bestritten. Vgl. Ulrich Archiv Bd. 8. S. 282 ff.

Digitized by Google

von Sand und Erde zur Anlage von Wiesen nur in den Fällen gestattet, wo solches für die Vorfluth, für die Schiffbarkeit öffentlicher Flüsse und für die unterhalb liegenden Uferbesitzer unschädlich ist, so daß bei Zuwiderhandlungen durch die Polizei, wie auch Seitens der Flußnachbarn im Wege der Civilklage eingeschritten werden kann. [6]

2. Die Flußanlieger haben in Folge ihres Eigenthums zwar das Recht zur Benutzung der Wassermasse, insbesondere für Bewässerungen ihrer anliegenden Grundstücke und für gewerbliche Anstalten. Wie weit aber dies Recht durch die Rücksicht auf die oberhalb oder unterhalb liegenden Uferbesitzer beschränkt sei, war gemeinrechtlich und auch im frühern preußischen Rechte höchst streitig. [7] Nach dem Gesetze vom 28. Februar 1843 über die Privatflüsse steht der Regel nach jedem Anlieger das Recht auf die Benutzung der Hälfte der vorbeiströmenden Wassermasse zu. [8] Dies aber mit Beschränkungen nach doppelter Richtung:

a) es darf durch dieselbe kein Rückstau über die Grenzen des eigenen Grundstücks hinaus und keine Ueberschwemmung oder Versumpfung fremder Grundstücke verursacht werden;

b) es muß das abgeleitete Wasser in das ursprüngliche Bett des Flusses wieder zurückgeleitet werden, bevor dieser das Ufer eines fremden Grundstücks berührt. [9] [10] Damit ist indessen nicht der Wasserverbrauch schlechthin

---

6) Gesetz vom 28. Februar 1843 §§. 4. 5. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 70 S. 351.

7) Dafür, daß der Eigenthümer des höher liegenden Grundstücks ein unbeschränktes Recht habe, das Wasser zu benutzen, dessen Richtung zu verändern, ja es dem Besitzer des niedriger gelegenen Grundstücks ganz zu entziehen, ist Mevius p. 4 dec. 39 n. 1, Gesterding Arch. f. c. Pr. Bd. 3 S. 67 mit Bezug auf die ganz andere Verhältnisse berührende l. 1 §. 4. D. de fluminibus 43, 12. Dagegen behaupten Andere, daß durch den Gebrauch des Einen das Recht des Andern nicht unwirksam gemacht werden dürfe: Eichhorn Einl. §. 269 V, Boele zur Lehre vom Wasserrecht in Ulrichs Archiv Bd. 2 S. 636 ff.

8) Kann man dies Recht Dritten, z. B. einem benachbarten Fabrikinhaber oder dem Eigenthümer benachbarter Wiesen abtreten? Es ist dies zulässig, da die Befugniß der Abtretung von Rechten etwas im Zweifel Anzunehmendes ist. So Striethorst Archiv Bd. 25 S. 357. Dagegen freilich Entsch. d. O. Trib. Bd. 52 S. 113.

9) Gesetz vom 28. Februar 1843 §. 13. Diese zweite Bestimmung hat ihr Vorbild im code civil art. 644: celui, dont cette eau traverse l'héritage, peut même en user dans l'intervalle, qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire.

10) Die Zurückleitung muß vor dem Austritt aus dem Gebiet des Ableitenden erfolgen, ohne daß auf die Besitzverhältnisse der gegenüberliegenden Uferseite Rücksicht zu nehmen ist. Vgl. Plenarbeschl. v. 16. Januar 1854. Entsch. des O. T. Bd. 27 S. 23, Präj. 2496. Die Uferanlieger haben, wenn es an Anstalten für die Zurückleitung fehlt, ein Widerspruchsrecht, auch ohne Nachweis eines besondern Schadens. Entsch. d. O. T. Bd. 60 S. 30 ff.

Digitized by Google

ausgeschlossen, sondern nur die Pflicht festgestellt, das Nichtverbrauchte[11] zurückzuleiten.

Diese Beschränkungen können, soweit sich aus denselben Privatrechte herleiten, durch Erwerb eines Gegenrechts mittels Vertrag oder Verjährung[12] beseitigt werden.

Innerhalb der gesetzlichen Grenzen ist der Flußanlieger zu Bewässerungsanlagen im Interesse der Bodenkultur befugt, ohne von polizeilicher Einwirkung oder Genehmigung abhängig zu sein. Jedoch kann er freiwillig die polizeiliche Vermittlung anrufen und zwar zu einem doppelten Zweck. Nämlich einmal, um sich durch ein Aufgebotsverfahren und Ausschluß der sich nicht Meldenden eine vollständige Kenntniß von den Widerspruchsrechten und Entschädigungsansprüchen zu verschaffen, welche hinsichtlich der getroffenen oder projektirten Anlagen bestehen. Er kann aber zweitens die Hülfe der Behörden zu dem Zwecke in Anspruch nehmen, um für Anlagen von überwiegendem Nutzen für die Landeskultur die Expropriation von Nachbargrundstücken, und zwar zunächst von Servituten an denselben, gegen Entschädigung zu erlangen.[13]

Es können auch die Betheiligten behufs Bewässerungsanlagen, welche einer ganzen Gegend zu Gute kommen und nur mittels gemeinsamen Wirkens ausführbar sind, durch landesherrliche Verordnung zwangsweise zu Genossenschaften vereinigt werden.[14]

3. Privatflüsse unterliegen einem gewissen Gemeingebrauch, da die Wassernutzung, sofern sie ohne Uferbeschädigung möglich ist, zum Trinken und Schöpfen behufs gewöhnlichen Wirthschaftsgebrauchs, sowie zum Tränken

---

11) Wie weit das Recht des Anliegers zum Verbrauch des Wassers geht, ist eine nicht unzweifelhafte Frage. Einen Anhalt giebt §. 15 des Gesetzes vom 28. Febr. 1843, wonach die Staatsgewalt einer solchen Bewässerungsanlage entgegentreten kann, welche die Schifffahrt gefährdet oder den unterhalb liegenden Einwohnern den nothwendigen Bedarf an Wasser entziehen würde. Hiernach wird sich der Grundsatz rechtfertigen lassen, daß der Anlieger das Wasser nur in dem Maße verbrauchen darf, daß auch den Unterliegern der Nutzen, welchen sie von dem Wasser erwarten durften, nicht verkümmert wird. Ferner ist anzunehmen, daß das zurückgeleitete Wasser nicht in einem außergewöhnlich verderbten Zustand sein darf, welcher es für die Unterlieger unbrauchbar machen würde. Es ergiebt sich dies aus dem Princip der Gleichberechtigung der Uferbesitzer. Vgl. Ulrich Archiv Bd. 12 S. 155 ff. Gruchot Bd. 13 S. 599 ff. Stauen zur Eisproduktion und Veräußerung des Eises läßt nicht zu das O. Trib. Entsch. Bd. 81 S. 125 ff.

12) Striethorst Bd. 95 S. 321.

13) Gesetz vom 28. Februar 1843 §. 19 ff.

14) Gesetz vom 28. Febr. 1843 §. 56 ff. Vgl. Anschütz die deutschen Wiesengenossenschaften in Bekkers Jahrbuch III, S. 396 ff.

Digitized by Google

des Viehs einem Jeden da freisteht, wo öffentliche Plätze oder Wege das Ufer bilden.[15 16]

§. 254. Vorfluth. Entwässerung.[1]

Nach römischem Rechte lag den ländlichen Grundstücken die Verpflichtung ob, das Regenwasser oder auch das mit Regen gemischte Quellwasser aufzunehmen, welches ihnen von oberhalb gelegenen Grundstücken in Folge der natürlichen Bodenbeschaffenheit, oder gesetzmäßig errichteter, oder seit unvordenklicher Zeit bestehender Anlagen zufloß. Demzufolge hatte der Oberlieger eine besondere Klage — die actio aquae pluviae arcendae — zur Beseitigung von Anlagen des Nachbargrundstücks, welche den herkömmlichen Abfluß hemmten, wie umgekehrt dem Unterlieger die gleiche Klage dann zustand, wenn Anlagen des obern Grundstücks die Schädlichkeit des Wasserabflusses über das gewöhnliche Maß hinaus mehrten. Eine solche Verpflichtung zur Aufnahme der sogenannten Vorfluth ist weniger beschwerlich, solange die Landwirthschaft auf großen Strecken einförmig betrieben wird, so daß der Landwirth meist nur die Getreidefurchen des Nachbars fortzieht und durch sie das Wasser ableitet; bei einer individuell verschiedenen Bebauung der Grundstücke wächst das Lästige dieser Verpflichtung. Nach preußischem Recht besteht sie nicht, während dasselbe in andrer Beziehung die Entwässerung sehr begünstigt hat.

1. Dem Unterlieger liegt hiernach nicht ob, das vom Nachbargrundstück wild ablaufende Wasser, d. h. das durch die atmosphärischen Niederschläge entstehende Tageswasser, aufzunehmen; vielmehr ist er befugt hiergegen seine Grundstücke zu decken,[2] falls der Oberlieger keine Gerechtigkeit auf den Ablauf erworben hat; negatorisch kann er jedoch, sofern ihm nicht ein Untersagungsrecht besonders erworben ist, gegen den Oberlieger wegen des nach der natürlichen Bodenbeschaffenheit zuströmenden Wassers nicht klagen.[3]

---

15) Es darf deshalb auch das zum Betriebe von Färbereien, Gerbereien, Walken und ähnlichen Anstalten benutzte Wasser keinem Flusse zugeleitet werden, wenn dadurch der Bedarf der Umgegend an reinem Wasser oder eine erhebliche Benachtheiligung des Publikums herbeigeführt wird. Hierüber entscheidet die Polizeibehörde nach §. 3 des Gesetzes. Ueber die Beschädigung der Fischerei durch Einführung von schädlichen Stoffen vgl. das Fischereigesetz §. 43, oben §. 230 Anm. 18.

16) Nur auf Grund landesherrlicher Entscheidung und gegen Entschädigung der Uferbesitzer ist die Flösserei Jedem zu gestatten. Gesetz vom 28. Februar 1843. §. 8—12.

1) L. R. I, 8. §. 102 ff. Vorfluthsedikt vom 15. November 1811. Vgl. auch erneuertes Edikt wegen Vorfluth vom 6. Juli 1773. N. C. C. M. V, 2 S. 371 ff. — Tit. Dig. de aqua et aquae pluviae arcendae actione 39, 3.

2) L. R. I, 8. §. 102 ff.

3) Der Unterlieger kann negatorisch klagen, wenn ihm das Wasser in außergewöhnlich belästigender Weise, insbesondere in Folge der Anlage von Gräben, in bis-

Digitized by Google

Andrerseits hat er auch an sich kein Recht auf das ihm bisher wild zufließende Wasser.[4]

Dagegen sind die Uferbesitzer von Privatflüssen zur Räumung des Flusses insoweit verpflichtet, als es zur Beschaffung der Vorfluth nothwendig ist.[5] Auch ist jeder die über sein Eigenthum gehenden Gräben und Kanäle, wodurch das Wasser seinen ordentlichen und gewöhnlichen Ablauf hat, zu unterhalten verbunden.[6] Es gehören hierher künstliche Abflußgräben, jedoch nicht auch solche Vorfluthgräben, welche ein Oberlieger nachweisbar, um sich freien Abfluß zu verschaffen, seinerseits angelegt hat.

Die Anlieger können mit der konfessorischen Klage die Räumung des Betts von denjenigen fordern, welche diese Pflicht versäumen. Auch die Polizeibehörde kann aber den Verpflichteten zur Räumung von Privatflüssen und Gräben anhalten, in Streitfällen auch ein Interimistikum feststellen.[7]

2. Die Entwässerung landwirthschaftlich benutzter Grundstücke[8] ist durch folgende besondere Bestimmungen begünstigt.

Der oberhalb liegende Besitzer, welcher das Tageswasser durch Anlagen auf eignem Grund und Boden nicht ableiten kann, hat den Anspruch, dasselbe über das tiefer liegende Nachbargrundstück abzuführen, wenn es entweder von dort weiter abgeleitet werden kann oder im Fall dies unmöglich wäre, wenn der Vortheil des oberliegenden Grundstücks den Schaden der untern Grundstücke beträchtlich überwiegt.[9] Dies Alles aber nur gegen Entschädigung. Anlage, Unterhaltung und Räumung der für die Abführung des Wassers nothwendigen Gräben treffen den, dessen Vorfluth sie dienen.[10]

Auch zu Entwässerungsanlagen behufs der Ableitung *stehender* Gewässer, für welche überwiegende Interessen der Landeskultur sprechen, kann

---

her nicht gewöhnlicher Art zugeführt wird. Reißt das Wasser selbst einen solchen Graben auf dem oberhalb belegenen Grundstück, so wird der Unterlieger mindestens fordern dürfen, daß er ihn wieder zuwerfen darf. cfr. l. 2. §. 6. D. de aqua. Gruchot Bd. 6. S. 273 ff.

4) l. 1. §. 11. D. de aqua 39, 3. Striethorst Bd. 97 S. 273.

5) Gesetz über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843. §. 7. Abs. 1.

6) L. R. I, 8. §. 100. Entsch. des O. Trib. Bd. 71 S. 6 ff.

7) Gesetz über die Privatflüsse vom 28. Februar 1843. §. 7 Abs. 2. In den Provinzen der Selbstverwaltung entscheidet der Kreisausschuß.

8) Die bezüglichen Bestimmungen haben keine Anwendung auf Gebäudegrundstücke nach Entsch. des O. Trib. Bd. 40 S. 33.

9) L. R. I, 8. §. 102 ff.

10) L. R. I, 8. §§. 106. 107.

Digitized by Google

deren Eigenthümer gegen Entschädigung fremde Grundstücke in Anspruch nehmen.[11]

Die Entfernung oder Einschränkung von Stauwerken darf gegen Entschädigung verlangt werden, wenn sie im überwiegenden Interesse der Landeskultur oder der Schifffahrt liegt.[12]

Ueber die Zulässigkeit der Vornahme von Entwässerungsanlagen in den gedachten Fällen und ihren Modalitäten entscheiden die Verwaltungsbehörden, über die Höhe der Entschädigung und die Vollziehung Schiedsrichter.[13]

Für Entwässerungsanlagen können, wie für Bewässerungen, zwangsweise Genossenschaften gebildet werden. Dies erstreckt sich jedoch nicht auf Genossenschaften für Drainanlagen.[14]

§. 255. Wassermühlen.

In öffentlichen Flüssen können Mühlen nur auf Grund staatlicher Verleihung angelegt und gehalten werden.[1] Dagegen hat in Privatflüssen an und für sich jeder Flußanlieger ein Recht zur Errichtung von Wassermühlen.[2] Doch ist im Interesse der übrigen Flußanlieger und des Publikums die polizeiliche Genehmigung zu Stauanlagen für Wassertriebwerke, insbesondere für Mühlen allgemein erfordert.[3]

---

11) Vorfluthsedikt vom 15. November 1811. §. 15 ff. Hierhergehörende Fälle sind, wenn durch Abführung eines Sumpfs, Teichs, See's kulturfähiger Boden gewonnen oder anstoßende Grundstücke vor kulturschädlicher Nässe bewahrt werden.

12) Vorfluthsedikt vom 15. November 1811. §. 11. Für Industrie, Bergbau besteht ein gleiches Recht nicht.

13) Vorfluthsedikt vom 15. November 1811. §. 16 ff. In den Provinzen der Selbstverwaltung ist der Kreisausschuß zuständig, sonst die Regierung. Der Unternehmer einer Entwässerungsanlage kann nach dem Gesetze vom 23. Januar 1846 ein Aufgebots- und Präklusionsverfahren für etwaige Widerspruchsrecht und Entschädigungsansprüche beantragen.

14) Ges. betr. die Bildung von Genossenschaften zu Entwässerungsanlagen vom 11. Mai 1853.

1) L. R. II, 15. §. 229 ff. Vgl. oben §. 252.

2) Dies erkannte bereits an L. R. II, 15. §. 233 ff. Provincialrechtlich galten jedoch meistens andere Bestimmungen, wie dies auch die Fassung des §. 233 andeutet, so daß nicht selten die Befugniß, Mühlen anzulegen, für ein Regal erklärt war, mit welchem in der Regel die Gutsherrschaften als beliehen galten. Außerdem stand dem Princip des §. 233 das Bannrecht entgegen, welches den meisten fiskalischen und gutsherrlichen Mühlen zustand. Dazu kamen die Vorschriften von L. R. II, 15. §. 234 — 242, welche den bestehenden Mühlen, deren Nahrungsstand bedroht schien, ein Widerspruchsrecht gegen Neuanlagen von Mühlen gaben. Dieser Rechtszustand wurde zuerst durch die Edikte vom 29. März 1808 und 28. Oktober 1810 im Sinne der Freiheit der Errichtung von Mühlen geändert.

3) Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 §§. 16. 23. Baumert a. a. O. S. 20 rügt, daß eine entsprechende Bestimmung für andre Stauanlagen, insbesondre zu landwirthschaftlichen Zwecken, fehlt.

Digitized by Google

Die wichtigste Frage des Mühlenrechts, ob der Besitzer der oberhalb belegenen Grundstücke dem Wassermüller durch Bewässerungen oder Anlagen das zum Betriebe der Mühle nöthige Wasser entziehen dürfe, ist gemeinrechtlich sehr bestritten. Während einige Juristen dies um deswillen bejahten, weil der Besitzer des oberen Grundstücks sich nur seines Rechts bediene,[4] ging die überwiegende Meinung der Juristen im Interesse des Mühlengewerbs dahin, daß Niemand befugt sei, das Wasser eines Mühlbachs so abzuleiten oder zu stauen, daß dadurch der bisherige Betrieb der Mühle gehindert werde.[5] Diese Auffassung ist in das preußische Recht übergegangen.[6] Gesichert ist also der Müller in seinem bisherigen Betrieb, ohne daß er des Nachweises eines Rechtes zu demselben bedarf. Aber freilich steht dem Uferbesitzer, welcher Wasser für sich ableitet, der Nachweis frei, daß der Betrieb des Müllers das durch besondere Titel festgesetzte Maß seiner Berechtigung überschreitet. Andererseits versteht es sich, daß der Inhaber des Triebwerks dann Anspruch auf einen weitergehenden Rechtsschutz hat, wenn er eine über den bisherigen Betrieb noch hinausgehende Berechtigung hat.[7]

Jeder Interessent hat das Recht, zu fordern, daß die Stauhöhe, bis zu welcher der Müller das Wasser zu stauen berechtigt oder auch verpflichtet ist, durch einen sogenannten Merkpfahl äußerlich sichtbar festgestellt werde,

---

4) Vergl. Holzschuher Casuistik Bd. II. §. 95. Fr. 3, ferner ein Urtheil der Heidelberger Juristenfakultät bei Emminghaus Pandekten des sächs. Rechts S. 192.

5) Bülow und Hagemann Erört. Bd. I. n. 4. Man stützte sich auf die Kommunion der Wassernutzungen unter den Flußanliegern, und auf den Satz, daß in pari causa prohibentis conditio melior sei.

6) L. R. II, 15. §. 246 bestimmt: „einer schon vorhandnen Mühle darf ein Nachbar, durch dessen Grundstücke das zu ihrem Betriebe nöthige Wasser fließt, dasselbe nicht entziehen (Th. 1 Tit. 22 §. 3)." Unter Nachbarn sind nicht bloß Eigenthümer unmittelbar anstoßender Grundstücke zu verstehen, vgl. Striethorst Bd. 75 S. 251, auch ist keineswegs anzunehmen, daß bloß die „zur Zeit des Inkrafttreten des L. R. bestehenden" Mühlen gesichert werden sollten. Der Schutz erstreckt sich nicht bloß auf Getreidemühlen, sondern auf Wassertriebwerke zu Industriezwecken überhaupt. Das Gesetz vom 28. Februar 1843 §. 17 gewährleistet, sich hieran anschließend, den Triebwerken Schutz gegen die Benutzung des Wassers durch die Uferbesitzer nicht bloß im Fall eines speciellen Rechtstitels, sondern auch hiervon abgesehen bei Entziehung des zum Betrieb nöthigen Wassers; es versagt denselben aber denjenigen, welche inskünftige ein Triebwerk anlegten oder erweiterten, ohne ein ausdrücklich verliehenes Recht zu haben, d. h. ohne obrigkeitlich koncessionirt zu sein. Baumert a. a. O. S. 45 und Andere wollen in der Koncession eine bezügliche Verleihung noch nicht sehen.

7) Der Grundsatz reicht nicht aus und hat keine Anwendung, wenn zwei Mühlen in Streit um das einer jeden zum Betriebe nothwendige Wasser kommen. Daher kann der obere Müller, soweit dies durch das Bedürfniß seines bisherigen Betriebs erfordert ist, das Wasser stauen und ansammeln, wenn auch dadurch der tiefergelegenen Mühle Schaden geschieht, vorausgesetzt, daß diese nicht ein besonderes Verbietungsrecht hat. Vgl. Langen und Kori Erört. II. 116 ff. Emminghaus Pandekten des sächs. Rechts S. 194 n. 17.

Digitized by Google

falls ein solcher noch nicht unter öffentlicher Autorität gesetzt ist. Das Verfahren erfolgt durch Kommissarien des Kreisausschusses unter Zuziehung des Gerichts der belegenen Sache auf Kosten des Antragstellers nach Ladung aller Interessenten.[8][9] Steht die Höhe des Staurechts durch Anerkenntniß oder rechtskräftiges Erkenntniß fest, so handelt es sich bei diesem Verfahren nur um dessen äußere Darstellung durch den Merkpfahl. Ist über die Höhe Streit und stützt sich ein Theil auf einen besonderen Rechtstitel, z. B. Vertrag, Verleihung, Verjährung, so ist der Proceß an die Gerichte zu verweisen, während der Kreisausschuß ein Interimistikum erforderlichen Falls feststellt. Besteht aber ein solcher besonderer Rechtstitel nicht, so entscheidet über die Stauhöhe die Kommission, welche hierbei die Interessen der Mühlenbesitzer und der Landwirthschaft möglichst gleichmäßig berücksichtigen soll, mit Ausschluß des Rechtswegs, aber vorbehaltlich der Klage beim Kreisausschuß.[10][11]

§. 256. Das Flußufer.

Das Flußufer wird durch den an das Bett des Flusses stoßenden Grenzraum gebildet; und zwar bestimmt sich dasselbe durch den höchsten regelmäßigen Wasserstand des Flusses, wogegen bloße, wenn auch häufige Ueberschwemmungen das Bett nicht verändern und daher auch die Ufer nicht verlegen.[1]

---

8) Gesetz vom 15. November 1811 §§. 1—9. Kompetenzgesetz vom 26. Juli 1876 §. 99 Abs. 1. In den Provinzen, in welchen dies Gesetz nicht gilt, liegt die Delegation der Bezirksregierung ob.

9) Nach L. R. II, 15. §. 243 dürfen Erhöhungen des Fachbaums und Veränderungen des Sicherpfahls nur unter Aufsicht der Landespolizei mit Zuziehung der benachbarten Interessenten, soweit es diesen unschädlich ist, vorgenommen werden; bewegliche Aufsätze sind gestattet, sofern den Flußanliegern hieraus kein Nachtheil erwächst. Gleichwohl findet im Fall der Zuwiderhandlung gegen §. 243 ein privates Klagrecht auf Wiederherstellung des frühern Wasserstandes nur statt, wenn dasselbe auf eine bereits früher erfolgte Feststellung des Wasserstandes durch die Landespolizei oder durch Verträge, Verleihung, Judikate oder Verjährung gegründet werden kann. So Präj. des O. Trib. n. 906. Dies Klagrecht kann durch Verjährung beseitigt werden, es steht dem das Verbot von L. R. II, 15. §. 243 nicht entgegen. Striethorst Bd. 97 S. 152.

10) Ob auch die Kollision der Ansprüche mehrerer Stauungsberechtigten durch die Administrativbehörden zu entscheiden ist, ist bestritten. Das Obertribunal Pl. Beschl. vom 8. Januar 1849. Entsch. Bd. 17. S. 73. Präj. 2088 hat die administrative Entscheidung auf den Fall der Kollision landwirthschaftlicher Interessen mit denen des Stauberechtigten beschränkt. Anders die Administrativbehörden Baumert a. a. O. S. 29.

11) Ueber das Recht auf Beseitigung von Stauwerken gegen Entschädigung behufs der Entwässerung oder der Schifffahrt vgl. oben §. 254 Anm. 12. Vorfluthsedikt vom 15. November 1811 §. 11.

1) l. 1. §. 5. D. de flumin. 43, 12. Was freilich höchster Wasserstand und was Ueberschwemmung sei, ist eine faktische, unter Umständen zweifelhafte Frage.

Digitized by Google

Besonderen rechtlichen Bestimmungen unterliegt das Ufer eines öffentlichen Flusses. Zwar ist dasselbe Bestandtheil des angrenzenden Grundstücks und dessen Eigenthümer zugehörig.[2] Jedoch ruht auf ihm die gesetzliche Last des Leinpfades zu den Zwecken der Schifffahrt, wonach der Ufereigenthümer die Benutzung eines bestehenden Pfades nicht hindern und sich der staatlichen Einrichtung eines bisher nicht begangenen Leinpfades nicht widersetzen darf, ohne daß ihm hierfür eine Entschädigung zu Theil wird.[3] Auch muß er sich in Nothfällen das Anlanden der Schiffe und das Ausladen der Ladung gegen Entschädigung gefallen lassen.[4] Eine weitere öffentliche Last ist die dem Ufereigenthümer obliegende Verpflichtung zur ordinären Uferbefestigung, zu der er aber auch seinerseits berechtigt ist.[5 6]

An Privatflüssen kann der Staat den Ufergebrauch nur gegen Entschädigung, z. B. im Interesse der Flösserei, in Anspruch nehmen.[7] Auch liegt hier dem Ufereigenthümer eine öffentlichrechtliche Pflicht zur Uferbefestigung nicht ob.[8]

§. 257. Von den öffentlichen Wegen.[1]

Die öffentlichen, dem allgemeinen Verkehr gewidmeten Wege, Straßen und Plätze[2] zerfallen vorzugsweise in Chausseen oder Land- und Heerstraßen und in Gemeindewege. Die denselben Zwecken gewidmeten, derzeit in erster Linie stehenden Eisenbahnen haben eine besondre Rechtsstellung.

1. Land- und Heerstraßen sind Wege, welche die Verbindung der Städte unter sich oder mit den Hauptströmen, oder mit dem Meere, oder mit der Landesgrenze in einer dem großen Verkehr dienlichen Verfassung

---

2) L. R. II, 15. §. 55.

3) L. R. II, 15. §. 57. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 17. S. 374 ff. Nach der Theorie des römischen Rechts standen die Ufer ohne weiteres der öffentlichen Benutzung offen §. 4. J. de rer. div. 2, 1. Bei uns muß ein Leinpfad observanzmäßig oder staatlich eingerichtet sein, damit der Eigenthümer, von Nothfällen abgesehen, das Betreten seiner Ufer dulden muß.

4) L. R. II, 15. §§. 57. 58.

5) L. R. I, 9. §. 239 ff. II, 15. §. 63.

6) Vgl. auch Tit. Dig. de ripa munienda 43, 15.

7) L. R. II, 15. §. 42 ff. Gesetz vom 28. Februar 1843 §. 8 ff.

8) L. R. II, 15. §. 63 bezieht sich bloß auf Ströme, d. h. öffentliche Flüsse. Rönne Erg. Bd. 2 zu L. R. II, 15 §. 63.

1) L. R. II, 15. Reinhard in Ulrichs Archiv Bd. 11. S. 24—68.

2) l. 1. §. 21. D. ne quid in loco publico 43, 8. Viam publicam eam dicimus, cuius etiam solum publicum est, non enim sicut in via privata ita et in publica accipimus. viae privatae solum alienum est, ius tantum eundi agendi nobis competit. viae autem publicae solum publicum est. L. R. II, 14. §. 21.

Digitized by Google

unterhalten.[3] Sie gehörten früher der Regel nach dem Staate zu; derzeit aber hat der preußische Staat im Interesse der Decentralisation und mit Rücksicht auf die durch den Eisenbahnbau eingetretne Minderung der Bedeutung der Landstraßen, seine Chausseen mit Inbegriff der Wärter- und Einnehmerhäuser nebst allen Nutzungen und einer den Straßenbau vergütenden Dotation, aber auch mit der Auflage der Verwaltung und der Unterhaltung den Provinzen, in einigen Distrikten andern Kommunalverbänden übertragen.[4] Außerdem kommen Chausseen andrer Korporationen, z. B. der Kreise und selbst bloßer Aktiengesellschaften auf Grund staatlicher Genehmigung vor. Der Herr der Straße hat die Unterhaltungspflicht,[5] ihm fallen aber als Eigenthümer auch die Nutzungen, z. B. Baumertrag,[6] Graswuchs, sowie sonstige Intraden, insbesondre die Chausseegelder, soweit sie noch bestehen, zu.

2. Gemeindewege sind vor Allem diejenigen, welche dem öffentlichen Verkehr innerhalb einer Gemeinde oder eines Gutsbezirks dienen.[7] Aber auch die Kommunikationswege sind hierher zu zählen, d. h. Wege mit der Bestimmung, die Verbindung zweier oder mehrerer Gemeinden zu unterhalten. Die etwaige Nutzung, wie die Unterhaltungspflicht kommt bei diesen Wegen an sich deren Eigenthümer, der Gemeinde oder dem Gutsherrn, zu; doch ist die Unterhaltungspflicht häufig observanzmäßig oder nach besondern Titeln Andern aufliegend.

Wege erhalten die öffentliche Eigenschaft dadurch, daß der Staat oder eine Kommune auf ihrem Boden eine Landstraße oder einen Gemeindeweg

---

3) l. 3. §. 1. D. de locis et itineribus publicis 43, 7 viae militares exitum ad mare aut in urbes aut in flumina publica habent. L. R. II, 15. §. 1. Die Straße hat also den Charakter als Landstraße in Folge ihrer Bestimmung, auch ohne daß eine ausdrückliche Erklärung des Staates ihr denselben giebt. Erklärt jedoch der Staat, daß eine Straße — etwa nach Errichtung einer neuen verbesserten — den Charakter als Landstraße nicht mehr haben soll, so verliert sie denselben nach unserer Ansicht. Anders aber Simon Rechtssprüche Bd. 4. S. 166 ff. Striethorst Archiv Bd. 41. S. 86 ff.

4) Gesetz vom 8. Juli 1875 wegen der Dotation der Provincial- und Kreisverbände §. 18 ff.

5) L. R. II, 15. §§. 11. 12.

6) L. R. II, 15. §. 8. Nach §§. 9 und 10 kommen jedoch die Nutzungen der an den Landstraßen gepflanzten Bäume dem Anlieger zu Gute, welcher sie gepflanzt, und wenn sie ein Andrer zu unterhalten hat, dem Unterhaltungsverpflichteten. — Das Obertribunal hat Entsch. Bd. 77 S. 275 ff. auch bezüglich bloßer Kommunikationswege angenommen, daß demjenigen die Nutzung der Bäume gebühre, welcher sie zu unterhalten habe. Dies nach Analogie und dem Grundsatze, daß dem der entsprechende Vortheil gebührt, welcher einen Nachtheil zu tragen hat.

7) Die Römer sind sich über den Charakter der viae vicinales wenig klar geworden, indem sie dieselben als quasi publicae bezeichnen. l. 3. pr. D. de locis et it. publ. 43, 7. cfr. l. 2. §. 22. D. ne quid in loco publ. 43, 8.

Digitized by Google

herstellen und dem Publikum zum Gebrauch überlassen, ferner dadurch, daß sie die Widmung einer Privaten gehörenden Straße zum Gemeingebrauch genehmigen. Auch giebt die Polizeibehörde einem Wege den Charakter als öffentlichen dadurch, daß sie denselben als unentbehrlich für die Interessen der Allgemeinheit erklärt.[8] Der Weg verliert den Charakter als öffentlicher, wenn ihm der Staat oder die Gemeinde die Bestimmung, für den öffentlichen Verkehr zu dienen, — und zwar nicht bloß vorübergehend — entzieht.[9]

Die Sorge für die ungestörte und freie Kommunikation auf den Landstraßen und Wegen, für die Beseitigung störender Anlagen, überhaupt für die Sicherung des freien Verkehrs ist zunächst öffentliche Pflicht des Straßenherrn. Auch können die Beamten, welche durch Vernachlässigung der ihnen in dieser Hinsicht aufgelegten Pflichten die Beschädigung eines Privaten herbeigeführt haben, durch Civilklage auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden.[10] Sind aber bei uns die Privaten, welche am Gebrauch der öffentlichen Wege durch Anlagen und Maßnahmen Dritter gehindert werden, im Stande, gegen diese auf Beseitigung und Entschädigung zu klagen? Bekanntlich kennt das römische Recht Interdikte, durch welche jeder Private den Gemeingebrauch störende, ohne staatliche Konzession auf öffentlichen Wegen errichtete Anlagen hindern und ihre Beseitigung erwirken konnte.[11] Das Landrecht hat dies zwar nicht ausdrücklich aufgenommen. Die Praxis aber gewährt ein entsprechendes Recht den Gemeindegliedern bezüglich der öffentlichen Gemeindewege, indem sie das Recht der Benutzung der Gemeindewege als ein Privatrecht der einzelnen Gemeindeglieder auffaßt.[12] Aber auch abgesehen hiervon wird man wenigstens eine Schadensklage gegen denjenigen, welcher ohne Konzession der Obrigkeit, oder sie mißbrauchend, absichtlich oder fahrlässigerweise die freie Kommunikation stört, dem Beschädigten nicht verweigern, so daß z. B. die Anlieger einer öffentlichen Straße gegen eine Eisenbahngesellschaft klagberechtigt sind, welche die Arbeiten zur Ueberführung des Bahnkörpers über jene Straße fahrlässigerweise verzögert und damit über Gebühr den für die Kläger nöthigen Verkehr stört.

Kann aber endlich gegen den Herrn der Straße geklagt werden, wenn derselbe durch Verlegung der Straße, durch deren Erhöhung oder Ernie-

---

8) Vgl. oben §. 34 Anm. 5.

9) Oben §. 67.

10) L. R. II, 15. §. 12 macht hiervon eine einzelne Anwendung. Vgl. übrigens auch L. R. I, 8. §. 73.

11) l. 2. pr. u. ff. D. ne quid in loco publico fiat 43, 8.

12) Präjudiz des Obertribunals n. 1871.

Digitized by Google

brigung, oder durch andere Anlagen die Ein- und Ausfahrt der Straßenanlieger hindert? Nach römischem Recht fehlte es an einem Klagrecht, da der Staat das freie Verfügungsrecht über die ihm gehörigen Straßen hat. Dagegen wird von gemeinrechtlichen Juristen ein solches Klagrecht vielfach behauptet. Für dasselbe sprechen national-ökonomische Erwägungen und Billigkeitsgründe, da man sich an der öffentlichen Straße in Erwartung ihres unveränderten Fortbestandes anzubauen pflegt.[13] Das Landrecht erkennt aber diesen Anspruch auch positiv an.[14]

13) Vgl. Seuffert Archiv Bd. 7 n. 184. Bd. 18 n. 141. Bd. 22 n. 144.

14) Es liegt dies unserer Ansicht nach in L. R. II, 15. §. 71: „der Staat muß aber auch bei Verlegung des Flußbettes sowohl die Anwohner des verlassenen Kanals, wie diejenigen, über deren Grundstücke der neue Kanal geführt ist, sowie bei Landstraßen, vollständig entschädigen." Der Auffassung des Textes stimmt zu O. Trib. Bd. 72 S. 1 ff., wenigstens für Stadt- und Dorfstraßen, vgl. freilich Plenarbeschluß vom 1. Juli 1850, Präjudiz n. 2220. Entsch. Bd. 20 S. 3.

Digitized by Google

Dritter Abschnitt.

Das Bergwerkseigenthum.[1]

I. Einleitung.

§. 258. Historisches.[2]

Seit dem Mittelalter faßt man die Befugniß zur Gewinnung bergmännischer Produkte nicht, wie dies das römische Recht that,[3] als einen Ausfluß des Eigenthumsrechts an dem sie bergenden Boden auf, sondern knüpft das Abbaurecht an andre rechtliche Thatsachen. Seinen innern Grund hat dies darin, daß der Bergbau zu gedeihlichem Betrieb wesentlich andre Neigungen und Anlagen voraussetzt und fordert, als die Kultur der Erdoberfläche, daß er ferner für sich allein die volle Kraft des Unternehmers in Anspruch nimmt, endlich, daß er im Fall des unterirdischen Betriebs — unter Tage — dem Bergmann auch äußerlich eine gesonderte Sphäre des Schaffens und Wirkens eröffnet.

In den Anfangsstadien des deutschen Bergbaues, in welchen der Betrieb noch nicht kunstmäßig und tiefgehend geschah, machte sich dies weniger geltend,

---

1) Hauptquelle ist jetzt das allgemeine Berggesetz für die preußischen Staaten vom 24. Juni 1865 im Folgenden citirt als Berggesetz; für die früher verliehenen Bergwerke kommen die Provincialbergordnungen (namentlich die revidirten Bergordnungen Friedrichs des Großen für Cleve und Mark, Schlesien, Magdeburg) und das a. L. R. II, 16. §§. 6. 69—480 noch in Betracht. Litteratur: H. Brassert, das Bergrecht des allgemeinen preußischen Landrechts in seinen Materialien, Bonn 1861, die Kommentare des Berggesetzes vom 24. Juni 1865 von Huyssen, 2te Aufl. 1867; Koch 1870; Oppenhof 1870; Klostermann, 3te Aufl. 1874; ferner Klostermann: Lehrbuch des preußischen Bergrechts 1871, vorzüglich aber Achenbach: das gemeine deutsche Bergrecht, in Verbindung mit dem preußischen Bergrechte 1871, bis jetzt 1 Bd. — Erklärung der Kunstausdrücke giebt das deutsche Bergwörterbuch von Veith, Breslau 1870.

2) Vgl. Karsten über den Ursprung des Bergregals in Deutschland, Berlin 1844, Achenbach a. a. O. I. S. 68 ff.

3) Nach der Regel des römischen Rechts hatte der Grundeigenthümer das ausschließliche Gewinnungsrecht der in seinem Boden lagernden Mineralien, und nur nach lokalen Observanzen war es Dritten ohne des Grundeigenthümers Willen gestattet, gewisse Fossilien, namentlich Marmor, gegen eine Bodenabgabe auf dessen Grundstück zu gewinnen. l. 13. §. 1. D. comm. praed. 8, 4. In l. 3. C. de metallariis 11, 6 wird dies Bergrecht nicht zu gemeinem Recht gemacht, sondern nur die regelmäßige Höhe der Bodenabgabe für den Fall einer solchen Observanz normirt. Anderer Ansicht Windscheid I. §. 169. Anm. 22 und die meisten Neueren.

Digitized by Google

daher denn im ältern deutschen Rechte die Bergwerke als Zubehör der Grundstücke galten, in welchen sie sich fanden.[4] Mit der Entwicklung eines kunstgerechten Bergbaues aber und mit der Bildung eines eignen Standes von Bergleuten ging Hand in Hand die Bergbaufreiheit, d. h. das Recht, in fremdem Grund ohne Bewilligung des Grundeigenthümers Bergbau zu treiben. Der Gedanke der Bergbaufreiheit mochte zunächst bei dem Bergbau in den ungetheilten Marken und Forsten Platz gegriffen haben.[5] Jedenfalls aber nahmen die Bergleute früh auch in Privatgrundstücken den freien Bau bergmännischer Funde für sich in Anspruch.[6] —

Durch die Theorie der Regalität, welche von Kaiser Friedrich I. zunächst für Italien bezüglich der wichtigeren Arten der Bergwerke festgestellt wurde[7] und auch in Deutschland allmählig und zwar zu Gunsten der Landesherren zur Anerkennung kam, erhielt diese Bergbaufreiheit theilweise Förderung, theilweise aber auch Abschwächung. Den Grundeigenthümern gegenüber diente nämlich die Regalität dazu, die Baufreiheit der Bergleute zu sichern,[8] indem sich diese von den Landesherren mit ihren bergmännischen Funden beleihen ließen. Hingegen den Regalherren gegenüber beschränkte die Regalität die Bergbaufreiheit, welche sich unter deren Schutz gestellt hatte. Denn kraft derselben behielt sich der Bergherr häufig gewisse Bergwerksfelder zum eignen Bergbau unter Ausschließung der Bergbaufreiheit vor. Desgleichen konnte er in Folge derselben die Felder in andrer Form und Größe und unter andern Voraussetzungen, als die Bergwerksordnung für die Regel vorschrieb, verleihen, namentlich auch das Bergbaurecht für größere Distrikte zugestehen — Distriktsverleihung.[9] Außerdem begründete man durch die Regalität den Anspruch des Bergherrn auf eine hohe Besteuerung des Bergbaues, namentlich auf Bergzehnten.[10] Schließlich knüpfte sich an dieselbe das sogenannte Direktionsprincip, welches die Leitung des Bergwerksbetriebs in die Hand der Bergbehörde gab, so daß diese auch bei den Privatgruben die Arbeiter anstellte, deren Lohn bemaß, die Art und den Umfang des Betriebs regulirte, die Festsetzung der Preise der Bergwerksprodukte, endlich den Betrag der zu ertheilenden Ausbeute und das Maß der Beiträge der Miteigenthümer des Bergwerks bestimmte.[11]

4) Sachsenspiegel I. Art. 35. §. 2.

5) Dies führt aus Achenbach a. a. O. I. S. 69 ff.

6) Achenbach a. a. O. Bd. 1. S. 37 ff.

7) In der Konstitution vom Jahre 1158 aufgenommen in II. feud. 56.

8) Vgl. Achenbach a. a. O. S. 98.

9) Achenbach a. a. O. S. 219 ff.

10) Für denselben gab einen Anhalt das römische Recht in l. 3. C. de metallariis 11, 6. Ueber den landrechtlichen Zustand vgl. L. R. II, 16. §. 98 ff.

11) Vgl. hierüber Klostermann Lehrbuch S. 34.

Digitized by Google

Die ſo ſich bildende Miſchung von Regalität und Bergwerksfreiheit hatte, den wirthſchaftlichen Bedürfniſſen des vorigen Jahrhunderts entſprechend, auch im preußiſchen allgemeinen Landrecht Aufnahme und Ausbildung gefunden.[12] Mit der neueren Entwicklung des Bergweſens aber wurde dieſes Syſtem unhaltbar. Die bergmänniſche Produktion, welche ſich in ungeahnten Verhältniſſen ſteigerte, verlangte vielmehr Selbſtverwaltung, freie Konkurrenz, ungehinderte Spekulation. Daher hat zunächſt eine Uebergangsgeſetzgebung ſeit dem Jahre 1851 die Rechtsverhältniſſe im Einzelnen ſtufenweiſe neu geregelt, die erdrückende Beſteuerung gemindert,[13] und die Leitung des Betriebs in die Hände der privaten Grubenbeſitzer ſelbſt gelegt,[14] ſo daß die Bergbehörde ſeitdem nur die Ueberwachung im öffentlichen Intereſſe hat. Ihren Abſchluß fand die Reform in der Kodifikation des Bergrechts durch das allgemeine Berggeſetz für die preußiſchen Staaten vom 24. Juni 1865,[15] welches mit dem erſten Oktober deſſelben Jahres für den ganzen Umfang der Monarchie in Kraft trat und wie die bezüglichen landrechtlichen Beſtimmungen, ſo auch die daneben geltenden Bergordnungen für die Zukunft aufhob.[16] Durch dieſe Geſetzgebung wurde die Regalität des Bergbaues beſeitigt[17] und das Princip der Bergbaufreiheit der Art befeſtigt, daß das Bergbaurecht demjenigen verliehen werden muß, welcher daſſelbe in gehöriger Weiſe bei der Bergbehörde in Anſpruch nimmt.

Wo jedoch das Bergwerksregal in den Händen von privaten Bergherren lag, wurde ihnen daſſelbe durch das Berggeſetz nicht entzogen, ſo daß ſolchen Regalbeſitzern der Regel nach noch das Recht, ſich gewiſſe Felder zu reſerviren, ferner das Anrecht auf den Bergzehnten zuſteht, wobei jedoch

---

12) Ueber das Direktionsprincip vgl. insbeſondre L. R. II, 16. §§. 82. 274. 300. 307. 315. Hiernach hinderte man z. B. die Eröffnung neuer Tiefbaue, weil der Tiefbau benachbarter Gruben zur Verſorgung des Markts genüge, regulirte die Preiſe von günſtiger gelegenen Gruben höher, um den Abſatz ungünſtiger gelegener Gruben nicht zu erdrücken.

13) Ueber dieſe Geſetzgebung ſiehe Kloſtermann Lehrbuch S. 466 ff.

14) Es gehören hierher namentlich das Geſetz über die Verhältniſſe der Miteigenthümer eines Bergwerks vom 12. Mai 1851 und das Geſetz über die Beaufſichtigung des Bergbaues vom 21. Mai 1860.

15) Der im Jahre 1862 von dem damaligen Oberbergrath Braſſert ausgearbeitete Entwurf wurde in neuer Redaktion dem Herrenhauſe durch Ordre vom 4. Januar 1865 vorgelegt, dort mit einigen Aenderungen von der Kommiſſion des Hauſes adoptirt und vom Abgeordnetenhauſe hierauf unverändert angenommen.

16) Auch in den im Jahre 1866 mit Preußen vereinigten Provinzen wurde das Berggeſetz eingeführt, daſſelbe liegt ferner mehreren Berggeſetzen andrer deutſcher Staaten zu Grunde.

17) Das Bergwerksregal iſt allerdings nicht ausdrücklich als ſolches aufgehoben, wohl aber ſind die Geſetze, auf welche ſich daſſelbe früher ſtützte, im §. 244 des Berggeſetzes beſeitigt. In §. 1 und 2 des Berggeſetzes iſt es nicht wieder aufgenommen. Vgl. Achenbach a. a. O. I. S. 63 ff.

Digitized by Google

etwaige specielle Beschränkungen des Umfangs ihres Privilegiums zu beachten sind. Die Verleihung der Bergwerke und die Bergpolizei richtet sich aber auch in den Privatregalbezirken nach den Bestimmungen des Berggesetzes.[18]

Ueberhaupt ist das frühere Recht, sofern es sich um vordem erworbene Berechtigungen handelt, gemäß allgemeinen Grundsätzen in wichtigen Beziehungen auch nach dem Inkrafttreten des neuen Berggesetzes die Entscheidungsnorm geblieben. Vor Allem gilt dies hinsichtlich des Umfangs der früher bergordnungsmäßig verliehenen Bergwerksfelder. Nach dem alten Rechte ist ferner die Rechtsgültigkeit der Seitens des Staats vor Erlaß des Berggesetzes zu Gunsten des Fiskus angeordneten Reservationen von Bergwerksfeldern, wie der vorher von ihm ausgegangenen Distriktsverleihungen zu beurtheilen.[19]

§. 259. Die verleihbaren Fossilien.[1]

1. Nach gemeinem deutschen Rechte gelten als dem Grundeigenthümer entzogen und der bergmännischen Gewinnung vorbehalten einmal die Metalle und dann das Salz, welche bereits in der goldnen Bulle von 1356 als regal behandelt wurden.[2] Partikularrechtlich wurden aber auch andere Bodenbestandtheile, welche man im Wege des Bergbaues gewann, für regal erklärt und zwar hier in größerem, dort in geringerem Umfange. Nach dem preußischen Landrechte insbesondere sollten neben den Metallen und Salzen die Inflammabilien, wie Stein- und Braunkohlen, und die Edelsteine dem Bergregal unterworfen sein.[3]

Die neueste Berggesetzgebung hat zwar hierauf fortgebaut, jedoch die Edelsteine fallen lassen und die einzelnen dem Verfügungsrechte des Grundeigenthümers entzogenen Fossilien speciell aufgezählt,[4] wobei nur diejenigen

---

18) Berggesetz §. 250. Achenbach a. a. O. I. S. 114. Vergl. L. R. II, 16. §. 106 ff. Präj. des Obertribunals 2225. Namentlich ist den in den Jahren 1806 bis 1815 mediatisirten, früher reichsunmittelbaren Landesherren in den Gebieten, in welchen ihnen die Landeshoheit zustand, das Bergregal auf Grund der Verordnung vom 21. Juni 1815 §. 5 verblieben. Außerdem finden sich einzelne aus der vormaligen Regalität abgeleitete Befugnisse in den Händen von Privaten, namentlich das Ausschließungsrecht, d. h. ein Vorrecht zum Muthen innerhalb eines gewissen Bezirks, durch welches man innerhalb gewisser Fristen an die Stelle dessen, der ein Bergwerk muthet, treten und unter dessen Ausschließung die Verleihung des Bergwerks erhalten kann.

19) Vgl. Achenbach die Anwendbarkeit des allg. Berggesetzes auf solche Rechte, welche vor dem 1. Oktober 1865 entstanden ist, in Zeitschrift für Bergrecht Bd. 6. S. 441 ff.

1) Achenbach a. a. O. I. S. 117 ff.

2) Goldne Bulle cap. 9.

3) L. R. II, 16. §. 69 ff.

4) Berggesetz vom 24. Juni 1865 §. 1.

Digitized by Google

aufgenommen wurden, welche für die allgemeine Gewerbethätigkeit vorzugsweise wichtig sind. Die bedeutendsten verleihbaren Produkte sind hiernach außer Silber und Gold die Eisen-, Zink-, Blei-, Kupfer-, Manganerze, dann Steinsalz nebst den mit demselben auf der nämlichen Lagerstätte vorkommenden Salzen und die Soolquellen, endlich aber die nach Umfang und Werth der Ausbeute bei weitem wichtigsten bergmännischen Produkte Preußens, die Stein- und Braunkohlen.[5] Insofern jedoch Produkte, welche das Berggesetz für bergfrei erklärt, nach dem bisherigen Provincialrecht der Verfügung der Grundeigenthümer unterlagen, sind sie derselben auch nach dem Berggesetze verblieben. So ist z. B. noch jetzt in den vormals zum Königreich Sachsen gehörigen Landestheilen das Recht der Verfügung über Stein- und Braunkohlen den Grundeigenthümern zuständig.[6]

2. Die genannten Fossilien sind der bergmännischen Gewinnung nicht nur dann vorbehalten, wenn sie noch auf ihrer natürlichen Ablagerungsstätte ruhen, sondern so lange sie sich in einem Grundstück ungesondert in unverarbeitetem Zustande befinden. Daher auch die in den Halden eines frühern Bergwerks enthaltenen Fossilien. Halden sind Anhäufungen von Gestein über Tage, welches seiner Zeit als werthlos aus einer Grube entfernt wurde. Sie sind nach dem heutigen Zustande der Technik nicht selten noch von großer Nutzbarkeit.[7] [8]

---

5) Dem Grundeigenthümer sind jetzt unter Anderm zugehörig die Raseneisenerze, ferner Edelsteine, Salpeter, Dachschiefer, Gips, Marmor, Kalksteine, Bau-, Werk- und Mühlsteine, auch wenn solche Produkte, wie dies nicht selten der Fall ist, durch künstlichen Bergbau gewonnen werden müssen. Die nach älterem Recht auf derartige Mineralien beliehenen Bergwerke wurden nicht angetastet, Berggesetz §. 220.

6) Berggesetz §. 212. Die Verhältnisse des Braun- und Steinkohlenbergbaues in den vormals königlich sächsischen Landestheilen hat neu geregelt das Gesetz vom 22. Februar 1869, welches zwar davon ausgeht, daß Stein- und Braunkohlen lediglich dem Verfügungsrechte des Grundeigenthümers unterliegen, aber anerkennt, daß das Abbaurecht, von dem Grundeigenthümer als eine selbständige Gerechtigkeit konstituirt, auch von ihm als solche an Dritte abgetreten werden kann. Eine solche Gerechtigkeit ist im Grundbuch einzutragen und hat die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache. Gesetz über den Eigenthumserwerb vom 5. Mai 1872 §. 68. Vgl. v. Rynsch Zeitschrift für Bergrecht X. S. 132 ff. Klostermann Lehrbuch S. 418 ff. — In Schlesien, Neuvorpommern, Hohenzollern sind unter Anderm die Eisenerze, in Westpreußen alle Mineralien mit Ausnahme des Salzes dem Grundeigenthümer überlassen.

7) Nach dem Berggesetze vom 24. Juni 1865 werden die Halden nicht für sich verliehen, wohl aber erstreckt sich die Verleihung eines Bergwerks auch auf die innerhalb seines Feldes befindlichen Halden eines frühern Bergbaues § 54 Abs. 2. Man streitet daher darüber, wie sich die Rechtsverhältnisse solcher Halden gestalten, wenn sie in freiem Felde liegen. Die Konsequenz führt aber wohl zu der strengeren Ansicht Achenbachs I. S. 138, wonach die in ihnen enthaltenen Mineralien, da sie noch mit einem Bergwerk verliehen werden können, weder von beliebigen Dritten, noch vom Grundeigenthümer gewonnen werden können.

8) Würden etwa Fossilien von den Bergbehörden verliehen, welche nach der Ansicht des Grundeigenthümers nicht zu den verleihbaren gehören, so könnte derselbe

Digitized by Google

3. Die Unantastbarkeit verleihbarer Fossilien durch einen mit dem Bergbau nicht Beliehenen ist durch das öffentliche Recht gesichert. Es ist nämlich nach dem Gesetze vom 26. März 1856 die ohne Befugniß erfolgte bergbauliche Anlage, ferner aber auch die Aneignung von Mineralien, zu deren Gewinnung es nach Bergrecht einer Verleihung bedarf, sei es durch den Grundeigenthümer, sei es durch einen Dritten, mit öffentlicher Strafe bedroht.[9]

§. 260. Charakter des Bergwerkseigenthums.[1]

Was der gewöhnliche Sprachgebrauch und das Gesetz[2] als Bergwerkseigenthum bezeichnet, ist ein Komplex verschiedenartiger Berechtigungen, welche dem gemeinsamen Zwecke der bergmännischen Produktion dienen. Den Kern dieses Rechts bildet ein privilegirtes Okkupationsrecht, vermöge dessen der Bergwerkseigenthümer die ausschließliche Berechtigung zur Aneignung der in einem gewissen Territorium befindlichen bergmännischen Produkte hat. Hiermit steht in nothwendiger Verbindung in Fällen, in welchen der Bergwerkseigenthümer nicht zufällig auch der Grundeigenthümer ist, das dingliche Recht an dem fremden Grundstück, die verliehenen Mineralien innerhalb desselben aufzusuchen und zu gewinnen.[3] Mit diesen Befugnissen vereinigen sich ausgedehnte Rechte auch gegenüber Grundbesitzern außerhalb des Bergwerksfeldes behufs des bergmännischen Betriebs.

Unrichtig ist die vielverbreitete Ansicht, daß die Lagerstätten des Minerals, also die Gänge und Flötze, den körperlichen Gegenstand des Berg-

---

mit einer actio negatoria gegen den mit dem Bergbaurecht Beliehenen bei den ordentlichen Gerichten klagen und durch Erkenntniß die Einstellung des Betriebs erlangen. Weist umgekehrt die Bergbehörde eine Muthung zurück, weil das gemuthete Mineral nicht unter das Berggesetz falle, so ist der Rechtsweg unzulässig, die Bergbehörden haben endgültig über diese Frage zu befinden. Achenbach a. a. O. I. S. 129 ff.

9) Die Strafe tritt nicht ein, wenn dem Grundeigenthümer zustehende Fossilien mit verleihbaren der Art vermischt sind, daß die ersteren nicht ohne die letzteren gewinnbar sind, vorausgesetzt, daß es dem Grundeigenthümer bei der Gewinnung nicht grade auf diese ankam und die Gewinnung der ersteren nur als Vorwand erscheint, vgl. Klostermann bei Gruchot Bd. 21 S. 256. Sind jene in Vermischung stehenden Mineralien bereits einem Bergwerkseigenthümer beliehen, so hat Berggesetz §. 56 Abs. 2 analoge Anwendung zu finden. Richtiger Ansicht nach trifft das Strafgesetz vom 26. März 1856 auch die Aneignung von Fossilien, z. B. Rasenerzen, welche verliehen und dem Grundeigenthümer hierdurch entzogen sind, auch wenn sie derzeit nicht mehr verleihbar wären. So das Obertribunal nach Klostermann a. a. O. S. 253.

1) Klostermann Lehrbuch S. 142 ff. Achenbach a. a. O. I. S. 237 ff.

2) So L. R. II, 16. §§. 82. 133. 188 und a. a. O., danach auch das Berggesetz vom 24. Juni 1865 §. 50 und a. a. O.

3) Berggesetz §. 54 Abs. 1. Die richtige Ansicht vertrat das Obertribunal schon unter der Herrschaft des Landrechts. Entsch. Bd. 9. S. 109 ff. Dagegen u. A. Strohn in Striethorst's Archiv Bd. 33. S. 361 ff. Vgl. jetzt Entsch. Bd. 71 S. 293.

Digitized by Google

werkseigenthums ausmachten, so daß der Bergwerksbesitzer als Eigenthümer des Raums unter der Erde, in dem er baut, der bisherige Grundeigenthümer als Eigenthümer der Oberfläche angesehen werden müßte und gewissermaßen zwei Grundeigenthümer über einander, wie sonst neben einander vorhanden wären. Eine ausreichende Stütze kann diese Ansicht auch für das frühere Recht nicht darin finden, daß man nach dem bergmännischen Sprachgebrauche die Lagerstätten, insbesondere die Fundgrube zu verleihen pflegte. Denn solche handliche Bezeichnungen bestimmen nicht den Charakter des Rechts. Daß aber nicht der Raum der Lagerstätte als solcher dem Bergwerkseigenthümer gehört, ergiebt sich daraus, daß er vom Bergwerkseigenthümer nur zu bergmännischen, nicht aber zu anderen Zwecken,[4] z. B. zu Kellern benutzt werden kann.[5]

Ebenso irrig wäre die Annahme, daß die dem Bergwerkseigenthümer verliehenen Mineralien durch die Verleihung sofort in das Eigenthum des Beliehenen träten. Sie werden ihm vielmehr erst durch die Aneignung erworben.[6] Daher auch die unberechtigte Entziehung durch Dritte weder Diebstahl noch Unterschlagung bildet, vielmehr nur als Eingriff in das verliehene Okkupationsrecht nach dem Gesetze vom 26. März 1856 strafbar ist.

Ist hiernach das Bergwerkseigenthum nicht Eigenthum an einer körperlichen Sache, so wird es doch durch gesetzliche Fiktion dem Eigenthum an Grundstücken gleichgestellt und ist zum unbeweglichen Vermögen zu zählen.[7]

II. Die Entstehung des Bergwerkseigenthums.

§. 261. Erwerb des Schürfrechts.[1]

Vorbereitet wird die Schaffung des Bergwerkseigenthums, wenn nicht gerade ein zufälliger Fund geschah, durch sogenannte Schürfarbeiten, veran-

---

4) Vgl. L. R. II, 16. §. 189.

5) Ein in der Lagerstätte verborgener und dort gefundener Schatz würde ohne Zweifel zu der Eigenthumshälfte nicht dem Bergwerkseigenthümer, sondern dem Grundeigenthümer angehören. — An sich freilich wäre es nicht unmöglich, die Lagerstätten als selbständige Sachen und Gegenstand eines besondern Eigenthums aufzufassen. Es käme aber dann ein von dem sogenannten Bergwerkseigenthume völlig verschiedenes Recht zur Gestaltung, nämlich die Befugniß zur Beherrschung des unterirdischen Raumes nach jeder Richtung, zu allen Zwecken, nicht bloß zur Gewinnung bergmännischer Produkte.

6) Vgl. Achenbach I. S. 112, Gerber P. R. §. 95.

7) L. R. II, 16. §. 253. Berggesetz vom 24 Juni 1865 §. 52.

1) Achenbach Bergrecht I. S. 335 ff. Klostermann Lehrbuch S. 63 ff. Berggesetz §. 3 ff.

Digitized by Google

staltet zum Zwecke der Aufsuchung eines verleihbaren Minerals, dessen Muthung man beabsichtigt.

Nach älterem gemeinem Rechte konnte in Folge der Bergbaufreiheit jeder Bergmann beliebig auf fremdem Boden schürfen, so daß sich dem der Grundeigenthümer bei Strafe nicht widersetzen durfte.[2] Dagegen machte das preußische allgemeine Landrecht, wie andere Partikularrechte des vorigen Jahrhunderts dem Gedanken der Regalität folgend, das Recht zum Schürfen auf fremdem wie auf eignem Boden von einem durch die Bergbehörde vorher zu ertheilenden Erlaubnißschein — Schürfschein — abhängig.[3]

Das jetzt geltende System ist folgendes. Jedermann ist ohne weiteres berechtigt, auf eignem Boden zu schürfen und hat einen Anspruch darauf, daß ihm auf fremdem Boden das Schürfrecht eingeräumt werde.

1. Untersagt ist jedoch das Schürfen auf Straßen und Eisenbahnen, ferner auf Friedhöfen, ohne Rücksicht darauf, ob sie noch zu Beerdigungen benutzt werden. Es ist ferner das Schürfen unstatthaft an Orten, wo ihm nach Entscheidung der Bergbehörde Rücksichten des öffentlichen Wohls entgegenstehen. Endlich darf unter Gebäuden und in einem Umkreise um dieselben bis zu zweihundert Fuß, in Gärten und in eingefriedeten Hofräumen ohne ausdrückliche Einwilligung des Grundbesitzers nicht geschürft werden.[4]

---

2) Vergl. z. B. die bei Achenbach a. a. O. I. S. 326 citirte Joachimsthaler Bergordnung von 1548 Th. II. Art. 1. Ursprünglich bestand nicht einmal Entschädigungspflicht.

3) L. R. II, 16. §. 141 ff. Achenbach I. S. 331 ff. Klostermann Lehrbuch S. 72 ff. Nach der Jurisprudenz des Obertribunals deckte im Geltungsbereich des A. L. R. der Schürfschein für die Dauer seiner Gültigkeit das Feld, für welches er ertheilt war, dergestalt, daß dadurch die Muthung eines zufällig Findenden ausgeschlossen wurde. Plenarbeschluß im Präj. n. 1308, Entsch. Bd. 9. S. 90. Es sollte hierdurch die oft kostspielige, Intelligenz und Unternehmungsgeist voraussetzende Arbeit des Schürfens geschützt werden. Das Berggesetz hat diesen Schutz fallen lassen.

4) Berggesetz §. 4. Die Tragweite der dem Art. 11 des französischen Gesetzes vom 21. April 1810 entnommenen Bestimmung über den Schutz des Umkreises der Gebäude ist dann zweifelhaft, wenn die Grundstücke des Schutzrayons nicht dem Grundeigenthümer, sondern einem Dritten angehören. Geht man davon aus, daß der Zweck der Bestimmung war, die Gebäude zu schützen, so kommt man zu dem Resultate, daß ohne Zustimmung des Gebäudeeigenthümers in dem Schutzrayon nicht geschürft werden darf, ohne Unterschied, ob der Rayon dem Gebäudeeigenthümer, einem Dritten, ja dem Schürfer selbst gehört. Es ist aber zuzugestehen, daß hiermit der Wortlaut des §. 4, wonach die Ermächtigung „des Grundbesitzers," nicht „des Gebäudeeigenthümers" verlangt wird, nicht stimmt. Die meisten und angesehensten bergrechtlichen Schriftsteller erklären sich daher für die entgegengesetzte Ansicht, wonach eine Beschränkung des Schürfrechts in diesem Falle nicht eintritt, weil der Gebäudeeigenthümer kein Recht der Einsprache gegen die Arbeiten auf fremdem Boden habe und der Bodeneigenthümer kein rechtliches Interesse an deren Ausschließung darthun könne. Der Gebäudeeigenthümer ist daher gegen Schürfen auf fremdem Boden hauptsächlich durch L. R. I, 8. §. 187 geschützt. Achenbach I. S. 337, Klostermann Lehrbuch S. 65. Die französische Jurisprudenz ist getheilt: Dalloz repertoire mot.

Digitized by Google

2. Der Anspruch des Schürflustigen auf Gewährung des Schürfrechts ist gegen den Grundeigenthümer zu richten.[5] Andere Nutzungsberechtigte haben bloß das Recht der Einsprache gegen die Ausübung des Schürfrechts, um Kaution für die ihnen zu leistende Entschädigung zu verlangen.[6] Der Schürflustige hat zunächst den Weg privater Aufforderung zu betreten, um die freiwillige Einräumung des Schürfrechts durch den Grundeigenthümer zu erhalten. Kommt es zu keiner Einigung, was auch im Falle einer Nichtbeantwortung oder einer ausweichenden Antwort Seitens des Grundeigenthümers anzunehmen ist, so konstituirt die Bergbehörde das Schürfrecht durch einen Beschluß.[7] Derselbe bestimmt nach Maßgabe des Gesetzes den Umfang und die Bedingungen der Ausübung des Schürfrechts. Insbesondere liegt dem Schürfer ob, dem Grundeigenthümer jährliche Entschädigung im voraus für die entzogene Nutzung zu leisten, auch hat derselbe auf Verlangen Kaution zu stellen für die ihm obliegende Verpflichtung, bei dereinstiger Rückgabe des Grundstücks Ersatz für dessen Minderwerth zu leisten. Gegen den Beschluß der Bergbehörde ist der Rechtsweg nach allgemeinen Grundsätzen zulässig, soweit es sich nicht um Versagung des Schürfrechts auf Grund des öffentlichen Interesses handelt.[8]

Der Schürfer haftet für die durch seine Schürfarbeiten veranlaßten Beschädigungen des Grundeigenthums unbedingt.[9]

---

mines n. 155. tom. 31. — Was unter Gebäude im Sinne des Gesetzes zu verstehen sei, ist ferner zweifelhaft. Es möchte doch nur an zu Wohnzwecken bestimmte Gebäude zu denken sein. Auch muß das Gebäude mindestens begonnen sein, ehe die Aufforderung des Schürflustigen an den Grundeigenthümer zur Einräumung des Schürfrechts gelangt ist.

5) Es folgt dies aus allgemeinen Grundsätzen, nach welchen die Einräumung dinglicher Rechte dem Grundeigenthümer allein zusteht. Das Berggesetz spricht §. 5. vom „Grundbesitzer" und scheint den Ausdruck im Abs. 2 zu deklariren als Eigenthümer oder Nutzungsberechtigter, dagegen redet §. 7 vom Eigenthümer. Eine feste Grundlage ist nur zu finden, wenn man auf das Civilrecht zurückgeht. Vgl. Berggesetz §. 24.

6) Vgl. Berggesetz §. 10. Es kann auch in den Feldern fremder Bergwerke nach solchen Mineralien geschürft werden, auf welche der Bergwerkseigenthümer Rechte noch nicht erworben hat. Der Schürfer hat dem Bergwerkseigenthümer Kaution für Schaden zu stellen. Die Bergbehörde kann die Schürfarbeiten verbieten, wenn sie die Sicherheit der Baue oder den ungestörten Betrieb des Bergwerks bedrohen.

7) Die Kosten hat für die erste Instanz der Schürfer, für die Rekursinstanz der Unterliegende zu tragen. Berggesetz §§. 8. 147.

8) Durch Beschreitung des Rechtswegs gegen den Beschluß der Bergbehörden wird nach §. 9 des Berggesetzes der Beginn der Schürfarbeiten nicht aufgehalten, wenn die Klage nur wegen der Höhe der zu leistenden Entschädigung oder der Kaution erhoben wird und wenn der zunächst festgesetzte Betrag gezahlt oder nach Umständen gerichtlich deponirt wird.

9) Berggesetz §. 152. Vgl. unten §. 271.

Digitized by Google

3. Das durch den Grundeigenthümer oder den Beschluß der Bergbehörde bestellte Schürfrecht wird durch Ausübung und Besitznahme dinglich. Dasselbe wirkt auch ohne Eintragung gegen Dritte.[10]

Das Schürfrecht ist abtretbar. Den Charakter der Ausschließlichkeit hat es nicht, so daß Mehrere innerhalb desselben Grundstücks Schürfrechte erlangen können. Die bei den Schürfarbeiten geförderten Mineralien fallen in Folge des Schürfrechts an den Schürfer, insofern nicht bereits Dritte Rechte auf dieselben erworben haben.[11]

§. 262. Die Muthung.[1] Erfordernisse.

Die Muthung ist das Gesuch bei der Bergbehörde um Verleihung des Gewinnungsrechts eines Minerals in einem gewissen Felde. Ist die Muthung als eine Unterart der Okkupation aufzufassen? Die Verwandtschaft beider Institute ist anzuerkennen, da hier wie dort der Wille des Erwerbs eines Objekts, welches bisher Niemandem gehörte, das wesentliche Element ist. Aber dieser Wille erhält bei beiden Instituten in verschiedener Weise Verwirklichung, bei der Okkupation durch Besitzergreifung, bei der Muthung durch staatliche Zutheilung. Erforderlich ist zur gehörigen Muthung

1. objektiv die Existenz des begehrten Minerals. Dasselbe muß vor Einlegung der Muthung auf seiner natürlichen Ablagerungsstätte und zwar im bergfreien Felde[2] entdeckt sein und bei der amtlichen Untersuchung nachgewiesen werden, widrigenfalls die Muthung als blind nichtig ist. Der Entblößung des mineralhaltigen Gangs, so daß ein Urtheil über die Bauwürdigkeit möglich ist, bedarf es nicht mehr,[3] wie dies früher gefordert wurde. Wird eine Muthung auf ein älteres verlassenes Bergwerk eingelegt, so müssen derselben neue Aufschlüsse des begehrten Minerals nicht vorhergehen.

---

10) Gesetz über den Eigenthumserwerb vom 5. Mai 1872 §. 12 Abs. 2. Zwar gedenkt dieser Paragraph des Besitzes nicht; vorausgesetzt aber ist, daß ein dingliches Verhältniß zu Grunde liegt, welches nicht durch den bloßen Vertrag, sondern erst durch den Besitz bei uns entsteht. Da das Gesetz dem Grundbesitzer jährliche Entschädigung zusichert — Berggesetz §. 6 —, so kann der Grundstückserwerber richtiger Ansicht nach dieselbe in Anspruch nehmen, auch wenn die Entschädigung dem Vorbesitzer pränumerirt sein sollte, vorausgesetzt, daß dies beim Erwerb verschwiegen war.

11) Berggesetz §. 11. Wer, ohne ein Schürfrecht erworben zu haben, schürft, kann durch seine unbefugte Aneignung nicht Eigenthümer werden. Das geschürfte Mineral bleibt hiernach zunächst herrenlos. Vgl. aber Achenbach I, S. 349 ff.

1) Berggesetz §. 12 ff. Achenbach I, S. 397 ff.

2) Die Beleihung wird versagt, wenn der Fundpunkt nicht in einem auf dem dem Oberbergamt einzureichenden Situationsriß darstellbaren Abstand von der Grenze liegt, Entsch. des O. Trib. Bd. 75 S. 211 n. 4.

3) Berggesetz §. 15. Doch muß das Mineral in solcher Quantität vorhanden sein, daß darauf hin ein rationeller Bergbau möglich ist.

Digitized by Google

2. Erforderlich ist weiter die Einreichung eines schriftlichen Muthungsgesuchs oder die Erklärung eines solchen zu Protokoll bei der zu dessen Entgegennahme befugten Bergbehörde.[4] Natürlich muß der Wille des Muthers dem Inhalt des Gesuchs entsprechen, so daß z. B. die Muthung nichtig wäre, bei welcher ein wesentlicher Irrthum unterliefe.[5] Zur formellen Vollständigkeit der Muthung gehört Angabe des Namens und Wohnorts des Muthers, Bezeichnung des begehrten Minerals und dessen Fundpunktes, Angabe des dem Bergwerk beizulegenden Namens. Die Bergbehörde hat die Ergänzung etwaiger Unvollständigkeiten zu fordern.[6] Geschieht die Ergänzung nicht innerhalb 8 Tagen von Zustellung der betreffenden Aufforderung an, so fällt die Muthung als von Anfang an ungültig zusammen. Zur Substantiirung der Muthung hat der Muther ferner binnen sechs Wochen nach Einreichung des Gesuchs die Feldesstreckung vorzunehmen, d. h. Lage und Größe des begehrten Feldes anzugeben, und einen von einem konzessionirten Markscheider oder Feldmesser nach bestimmten kunstmäßigen Anforderungen angefertigten Situationsriß einzureichen, auf welchem außer dem Fundpunkte die geforderten Feldesgrenzen bezeichnet sind. Zu Gunsten des Muthers besteht die Fiktion, daß das in solcher Weise bestimmte Feld schon mit der Einreichung der Muthung als begehrt gilt, so daß dasselbe bereits von dieser Zeit an in Folge einer Rückziehung als geschlossen angesehen wird und die in der Zwischenzeit bis zur Feldesstreckung etwa auf dasselbe eingelegten Muthungen Dritter ungültig werden.[7 8] Unterbleibt die Feldesstreckung innerhalb der gesetzlichen Frist, so ist die Muthung von Anfang an ungültig.

---

4) Nämlich bei dem Oberbergamte oder den Revierbeamten, welchen die Oberbergämter die Annahme der Muthungen für gewisse Reviere überwiesen haben. Berggesetz §. 12. — Die Kompetenz bestimmt sich nach dem Fundort, auch wenn sich das begehrte Feld über das Revier, in welchem der Fundort liegt, erstrecken sollte.

5) Eine Muthung durch einen Dritten ist nur rechtsbeständig, wenn dieser specielle Vollmacht hat, nach L. R. I, 13 §. 106. Die Muthung durch einen unbeauftragten Geschäftsführer ist nicht als rechtsbeständig anzusehen. Vgl. Achenbach I, S. 410 Anm. 1.

6) Dabei ist vorausgesetzt, daß die Person des Muthers und die Absicht der Muthung wenigstens mit Wahrscheinlichkeit aus dem Gesuche sich ergeben, widrigenfalls von einer „unvollständigen" Muthung nicht geredet werden kann.

7) Nach dem frühern Rechte galt der Grundsatz, daß das Vorzugsrecht des älteren Muthers lediglich durch die Präsentation der Muthung, nicht durch den Zeitpunkt der Feldesstreckung bedingt war. Daher gebührte der jüngeren Feldesstreckung des älteren Muthers vor der älteren des jüngeren Muthers der Vorzug. L. R. II, 16 §. 161. Striethorst Arch. Bd. 28 S. 79.

8) Berggesetz §. 19. Es erhebt sich die Frage, ob der Muther berechtigt sei, nachdem er die Feldesgrenze einmal bezeichnet hat, noch innerhalb der gesetzlichen Zeit von sechs Wochen seinen Antrag zu ändern und zu Ungunsten eines Dritten ein anderes Feld zu verlangen. Dieselbe ist aber zu verneinen, da der Vor-

Digitized by Google

§. 263. Priorität der Muthung.

Im Falle der Einlegung kollidirender Muthungen auf dasselbe Bergwerksfeld gebührt nach dem Berggesetze der Vorrang

1. dem ersten Finder, d. h. demjenigen, welcher das Mineral zuerst selbst oder durch seine Leute auf seiner natürlichen Ablagerung entdeckt hat.[1] Und zwar wird dieses Finderrecht vom Grundeigenthümer, ferner von dem Bergwerkseigenthümer, welcher in seinem Grubengebäude ein Mineral entdeckt hat, welches ihm nicht verliehen war, auch durch zufällige Funde erworben. Andere Personen erhalten das Findervorrecht hingegen nur im Falle planmäßiger, mit Beobachtung der bergrechtlichen Vorschriften ausgeführter Schürfarbeiten, bei welchen das gesuchte Mineral gefunden wurde. Das Findervorrecht ist davon abhängig, daß der Finder die Muthung innerhalb der Zeit von sieben Tagen nach Ablauf des Tags der Entdeckung einlegt.[2]

2. Auf Mineralien, welche mit dem in der Verleihungsurkunde benannten Mineral innerhalb der Feldesgrenzen in solcher Art vorkommen, daß deren gemeinsame Gewinnung nach der Entscheidung des Oberbergamts aus technischen oder polizeilichen Gründen den Vorzug verdient, hat der Bergwerkseigenthümer ein Vorrecht. Legt ein Dritter auf solche Mineralien Muthung ein, so kann ihn daher der Bergwerkseigenthümer durch spätere Muthung binnen einer Frist von vier Wochen nach der Mittheilung ausschließen.[3]

3. In allen übrigen Fällen geht die früher bei der Bergbehörde angebrachte Muthung der später eingelegten vor.[4]

Eine Kollision zwischen zwei Muthungen kann nicht nur dann eintreten, wenn sie auf denselben Fund eingelegt sind, sondern auch dann, wenn sich

---

behalt, welchen das Gesetz für den ersten Muther macht, durch die einmalige Einreichung des Situationsrisses erschöpft ist.

1) Berggesetz §. 24. Vgl. L. R. II, 16 §. 154. Achenbach I, S. 388 ff.

2) Mehrere gleichzeitige Finder haben richtiger Ansicht nach gleiche Rechte, wenn sie alle innerhalb des Laufes der Woche, wenn auch an verschiedenen Tagen, muthen. So u. A. Achenbach I. S. 390.

3) Berggesetz §. 55.

4) Das Präsentatum der Bergbehörde ist der Beleg für die frühere Präsentation; der Gegenbeweis der Unrichtigkeit des Präsentatums, z. B. in Folge einer Zerstreutheit des Präsentirenden, ist nicht ausgeschlossen. Hiernach ist Berggesetz §. 25 aufzufassen. Die Muthungen werden nur in den Dienststunden und in dem Amtslokal vorgenommen. Vgl. oben §. 197 Anm. 13 und 14, §. 200 Anm. 1. Mehrere durch dieselbe Post einlaufende Muthungen sollen jedoch nach einer Verfügung des Handelsministers als gleichzeitige präsentirt werden, ohne Rücksicht auf das frühere Erbrechen des einen Gesuchs. Ueber die Frage siehe oben §. 200 Anm. 3.

Digitized by Google

die von den mehreren Muthern begehrten Felder ganz oder theilweise decken.[5] Eine solche Kollision ist namentlich auch in der Weise möglich, daß der ältere Muther innerhalb der ihm für seinen Situationsriß vergönnten sechs Wochen das Feld in Anspruch nimmt, welches der jüngere Muther in einem von ihm eingereichten Situationsriß inzwischen begehrt hat. Fällt dann der Fundort des jüngeren Muthers in das Feld des früheren, so ist die zweite Muthung schlechthin ungültig, liegt hingegen der Fundort der jüngeren Muthung im Freien, und wird nur ein Theil des von ihm begehrten Feldes von dem früheren Muther in Anspruch genommen, so ist nur insoweit sein Begehren unstatthaft.

Nach der Auffassung des Berggesetzes wird eine Muthung für immer wirkungslos, wenn ihr eine bevorrechtete Muthung entgegensteht, selbst wenn diese später durch Verzicht wieder in Wegfall kommen sollte.[6] Ist dagegen die entgegengestellte ältere Muthung von Anfang an ungültig oder wird sie rückwärts hin vernichtet, so besteht die nachher eingelegte Muthung zu Recht.[7]

§. 264. Die Verleihung.

Zur Begründung des Bergwerkseigenthums müssen die gehörige Muthung und die Verleihung durch die Bergbehörde zusammentreffen. Beide stehen in dem Verhältnisse, daß der in der Muthung ausgedrückte Wille des Muthers den bestimmenden Grund des Anrechts des Muthers bildet und hiermit dessen Erwerb vollendet.[1] [2]

Der in der Muthung liegende Willensakt hat schon mit seiner Erklärung selbständige Wirkungen. Denn die Muthung schließt das begehrte Feld für Dritte der Art, daß die Muthung fortan Jedem gegenüber, welcher ein ihr entgegenstehendes Recht an dem gemutheten Felde behauptet, sein Vorrecht durch Klage ausführen und zur gerichtlichen Anerkennung bringen

---

5) Vgl. Achenbach a. a. O. I, S. 416.

6) Hat also A. den 1. Januar 1870 gemuthet, B. den 2. Januar, A. verzichtet später auf seine Muthung im Laufe des Jahres, und nun muthet C. im Januar 1871, so geht C. dem B. vor.

7) Wenn der jüngere Muther innerhalb der Zeit von sechs Wochen nach der Muthung mittels der Feldesstreckung ein Feld begehrt, welches zur Zeit der Muthung durch eine frühere Muthung gedeckt war, bei Einreichung der Feldesstreckung aber frei ist, so ist sein Begehren rechtsbeständig, da die Zurückziehung der Feldesstreckung auf den Zeitpunkt der Muthung nur eine zu *Gunsten*, nicht zum *Nachtheil* des Muthers angeordnete Fiktion bildet. Achenbach I, S. 417 Anm. 1.

1) So lange die Regalität bestand, konnte man die Beleihung als den Akt ansehen, durch welchen der Staat die ihm zustehende Berechtigung bergordnungsmäßig dem Muther übertrug. Dies ist jetzt keinenfalls mehr der Sinn der Beleihung.

2) Bis zur Verleihung ist das Bergwerkseigenthum, sind die Kuxe künftige Sachen; Kaufgeschäfte, welche über sie als bereits bestehende, nicht als künftige, Objekte abgeschlossen sind, werden daher nicht perfekt. R. O. H. G. Bd. 18 S. 261.

Digitized by Google

kann.[3] Die Ausführung des Erkenntnisses ist dann freilich Sache der Bergbehörde, welche auf Grund desselben die Beleihung zu ertheilen hat. Die Muthung stellt hiernach ein eigenes dingliches Recht am Bergwerksfeld her,[4] welches aber zunächst nur negative, Dritte ausschließende Wirkungen hat. Das Recht aus der Muthung ist cessibel.[5]

Das Bergwerkseigenthum selbst entsteht für den Muther erst durch die Verleihung Seitens der Bergbehörde, welche sich durch die Aushändigung der Verleihungsurkunde[6] an den Muther vollzieht. Die Bergbehörde ist zur Verleihung verpflichtet, wenn die gesetzlichen Erfordernisse der Muthung vorliegen. Ein Klagrecht des Muthers gegen das Bergamt auf Vornahme der Verleihung besteht indessen ebensowenig, als eine Klage dessen, dem ein Grundstück aufgelassen ist, gegen das Grundbuchamt auf Eintragung der Auflassung, da der Proceßrichter direkt die Vornahme einer öffentlich rechtlichen Funktion durch die Bergbehörde nicht erzwingen kann. Ist aber der Muther berechtigt, gegen den Bergbeamten, welcher die Verleihung ohne Rechtsgrund verweigert, auf Schadensersatz zu klagen, soweit von anderer Seite — z. B. von einem ungerechtfertigter Weise Beliehenen — Ersatz nicht zu erhalten ist? Uns scheint die Frage bejaht werden zu müssen, als eine Konsequenz des jetzigen Bergrechts. Denn die Verleihung ist nicht mehr Gnadensache wie nach dem System der Regalität, sondern eine Pflicht des Beamten.[7]

Die Verleihung erfolgt, wie nach früherem Bergrecht,[8] unbeschadet älterer Rechte Dritter. Doch hat das Berggesetz, um der hieraus sich ergebenden Unsicherheit über den Bestand des verliehenen Rechts möglichst entgegenzutreten, ein Verfahren vorgeschrieben, welches nöthigt, kollidirende

---

3) Berggesetz §§. 22. 23. Ein bloß obligatorisches Recht des Muthers, wie es Achenbach I, S. 404 annimmt, könnte sein Klagrecht gegen Dritte nicht erklären.

4) Die Klage ist daher ausschließlich im Gerichtsstande der belegenen Sache zulässig. A. G. O. I, 2 §. 111. Entsch. Bd. 38 S. 341, Bd. 40 S. 279. Vgl. oben §. 246 Anm. 2.

5) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 27 S. 267.

6) Die Bestandtheile derselben zählt auf Berggesetz §. 34. Unvollständigkeiten und Unrichtigkeiten ziehen keine Nichtigkeit nach sich, sondern können verbessert oder ergänzt werden.

7) So lange das Bergregal bestand, konnte man das Bergbaurecht durch 44jährige Verjährung erwerben. Das Berggesetz gedenkt der Ersitzung nicht. Ist sie nunmehr noch möglich? Achenbach verneint dies a. a. O. I, S. 437. Uns scheint kein Rechtsgrund für die Ausschließung zu bestehen. Je nach Umständen würde daher die zehn- oder dreißigjährige Ersitzung Platz greifen. Natürlich ist redlicher Glaube erfordert. Derselbe wird nicht leicht sich da finden, wo es überhaupt an einer Beleihung fehlt, aber im Fall einer Ueberschreitung der Grenze des verliehenen Feldes eher vorkommen können.

8) L. R. II, 16 §. 352.

Digitized by Google

Rechte auf Verleihung binnen einer kurzen Frist klagweise geltend zu machen, widrigenfalls sie präkludirt und die aus ihrer Existenz herzuleitenden Mängel des Rechts des Beliehenen geheilt werden.[9] Vor der Verleihung ist nämlich von der Bergbehörde ein Termin anzusetzen, zu welchem diejenigen, welche möglicherweise Einspruchsrechte gegen die Muthung geltend machen können, unter der Verwarnung zu laden sind, daß von der Bergbehörde auch im Fall ihres Nichterscheinens nach Lage der Sache entschieden werde.[10] Gegen die Entscheidung der Bergbehörde über die Zurückweisung des Einspruchsrechts ist nur binnen drei Monaten von der Zustellung des Bescheides — oder der des Rekursbescheides — der Rechtsweg offen gelassen.[11] Außerdem hat aber die Bergbehörde die Verleihungsurkunde im Regierungsamtsblatt unter Verweisung auf den gesetzlichen Nachtheil zu veröffentlichen, wonach alle vorgehenden Rechte auf Verleihung bei Strafe ihres Ausschlusses binnen drei Monaten von der Ausgabe jenes Blattes an gegen den Beliehenen gerichtlich geltend zu machen sind.[12]

§. 265. Das Bergwerksfeld.[1]

Umfang und Gestalt des Feldes, welches für die Zwecke des Bergbaues in Anspruch genommen werden kann, hat sich im Laufe der Zeiten sehr verändert. Während der älteste Bergbau nur kleiner Bergwerksfelder bedurfte und erhielt, verlangte die entwickelte Bergbauindustrie immer größere Flächen für ihre Thätigkeit. Auch war die räumliche Fixirung des Bergwerksfeldes nach den früheren Bergordnungen wesentlich von dem Verhalten der verliehenen Lagerstätte abhängig, dagegen werden nach dem heutigen Berggesetz ausgedehnte ein- für allemal bestimmte nach Quadratlachtern bemessene Flächen zugetheilt, innerhalb deren der Muther ausschließlich das begehrte Mineral aufsuchen und gewinnen kann.

1. Das frühere Recht unterschied die Beleihung auf Gänge und auf Flötze.

---

9) Achenbach a. a. O. I, S. 443. Andere Mängel der Muthung bleiben hingegen auch der Beleihung anhaften.

10) Berggesetz §. 29 ff.

11) Die Klaganmeldung nach L. R. I, 9 §. 551 genügt nicht, Gruchot Bd. 12 S. 905.

12) Berggesetz §. 35. Die Verwarnung des §. 35 richtet sich nur an diejenigen, welche Ansprüche auf Verleihung machen. Wem bereits ein kollidirendes Bergwerkseigenthum verliehen ist, wird durch dieselbe nicht betroffen, weil ein solches Präjudiz das verliehene Bergwerkseigenthum höchst unsicher gemacht hätte.

1) L. R. II, 16 §§. 156 ff. 177 ff. 352 ff. Berggesetz §§. 26. 27. Klostermann Lehrbuch S. 116.

Digitized by Google

Gänge sind schmale, mineralhaltige Adern, welche das Gebirge schief durchschneiden. Der auf einen solchen Gang Beliehene hat das Recht zu dessen Ausbeutung nach der Tiefe hin — also in der Richtung des Fallens — unbeschränkt bis in die sogenannte ewige Teufe. Auch seitwärts konnte der Beliehene den Gang in seiner ganzen Dicke — Mächtigkeit — und außerdem noch die sogenannte Vierung beanspruchen, d. h. einen Raum von 7 Lachtern[2] neben dem zunächst beliehenen Gang. Was endlich die Längendimension des verliehenen Ganges betraf — in der Richtung des Streichens — so war auch hier zunächst das natürliche Verhalten des Ganges maßgebend. Doch wurden dem Beliehenen nach dieser Dimension hin gewisse Grenzen gesetzt. Es erhielt nämlich der Finder eine sogenannte Fundgrube — in der Länge von 42 Lachtern. Zu derselben konnten aber noch sogenannte Maßen gemuthet werden, eine Längenerstreckung, welche man an die Fundgrube in beliebiger Richtung ansetzte.[3 4] Da die Längendimension der sogenannten gestreckten Felder dem Laufe des Ganges sich anschließt, dieser Lauf aber vor dem Abbau oft nicht mit Sicherheit zu übersehen war, so kann es bei einer solchen Beleihung vorkommen, daß mehrere Beliehene in demselben Gange zusammentreffen. Hier geht dann der frühere Muther, welcher das Alter im Felde hat, vor, da alle Bergwerksbelehnungen älteren Rechten unbeschadet geschehen.

Flötze sind Lager, welche das Gebirge nicht durchschneiden, sondern sich mit den verschiedenen Schichten des Gebirges parallel senken und heben und neben der Längenausdehnung auch eine beträchtliche Breite haben. Hier verlieh man das Feld auch schon im früheren Rechte nach Quadratmaßen.[5]

2. Seit Inkrafttreten des Berggesetzes werden nur Geviertfelder verliehen, und zwar ist der Muther berechtigt auf ein Feld bis zu 500,000 Quadratlachtern, in einigen Kreisen der Monarchie aber nur bis zu 25,000 Quadratlachtern. Die Felder müssen den Fundpunkt einschließen, von möglichst geraden Linien begrenzt und von der Form sein, daß bei 500,000 Quadratlachtern je zwei Punkte nicht über 2000 Lachter von einander entfernt liegen. Sie

---

2) 7 Lachter sind beiläufig 14,64 Meter.

3) Die Maßen hatten je 28 Lachter. Nach gemeinem Rechte konnte man 2, nach L. R. II, 16 §. 157 aber 12 Maßen verlangen.

4) Gehen mehrere sogenannte Trumme aus dem Hauptgange heraus, so hat der Beliehene, wenn sie aus der Vierung fallen, einen Trumm zu wählen. L. R. II, 16 §. 187. Hört der Gang auf — wurde er nach bergmännischem Ausdrucke verdrückt —, es wird aber ein anderer Gang innerhalb der Vierung seiner Streichungslinie gefunden, so wird er nach juristischer Fiktion für denselben gehalten, der vorher verdrückt ist. L. R. II, 16 §. 367.

5) L. R. II, 16 §§. 156. 157. Erweiternde Bestimmungen traf das Gesetz vom 1. Juli 1821.

Digitized by Google

gehen unbegrenzt in die Tiefe. Es steht auch nichts im Wege, auf mehrere dicht bei einander liegende Fundpunkte verschiedene Bergwerke zu muthen und diese dann zu einem Bergwerk zusammenzuschlagen. [6]

Aeltere gestreckte Felder können jeder Zeit in gevierte nach Maßgabe des Berggesetzes *umgewandelt* werden. Doch dürfen durch eine solche Umwandlung die gestreckten Felder Anderer nicht ohne deren ausdrückliches Einverständniß ganz oder theilweise umschlossen werden. [7] [8]

§. 266. *Erbstollen.* [1]

Stollen sind in horizontaler Richtung geführte Eingänge in ein vorliegendes Gebirge. Ihr Zweck ist vorzugsweise, den dort befindlichen Bergwerken Wasser zu benehmen und denselben Luft — sogenannte Wetter — zuzuführen. Solche Anlagen wurden in früherer Zeit häufig auf Grund einer Beleihung zu Nutz und Frommen der im Gebirge betriebenen fremden Bergwerke unternommen. Sie bilden dann den Gegenstand eines besondern Bergwerkseigenthums.

---

6) Demgemäß ist es möglich, auf ein Mineralvorkommen unter Anlegung mehrerer nebeneinander liegender Fundpunkte Felder von circa 2 Millionen Quadratlachtern zu muthen.

7) Berggesetz §. 215. Neben dem durch die Umwandlung erworbenen Geviertfelde kann das Anrecht auf das früher verliehene gestreckte Feld nicht fortbestehen. Ist aber die Umwandlung z. B. wegen des Mangels der Feldesfreiheit ungültig, so bleibt das ursprüngliche Recht bestehen, Achenbach a. a. O. I, S. 425. Das Berggesetz §. 215 ließ auch eine *Erweiterung* der älteren *gevierten* Felder bis zu dem jetzigen Feldesmaximum innerhalb sechs Monaten vom Inkrafttreten des Gesetzes an zu. Diese Uebergangsbestimmung hat keine Anwendbarkeit mehr. Nach §. 219 ferner hat der Eigenthümer eines gevierten Feldes, durch welches das gestreckte Feld eines Andern eingeschlossen wird, im Fall des Freiwerdens des eingeschloßnen Feldes ein Vorrecht auf dasselbe.

8) Die Vermessung des Bergwerks hat nicht mehr, wie dies früher bei dem s. g. Erbbereiten der Längenfelder der Fall war, den Zweck, das Bergwerksfeld erst räumlich zu gestalten. Ihre Aufgabe ist vielmehr nur, den Umfang des bereits bei der Muthung und Verleihung auf der Karte bestimmten Feldes äußerlich im Boden kenntlich zu machen. Von Amtswegen findet ein Zwang zur Vermessung nicht mehr wie früher statt, dieselbe geschieht vielmehr nur auf Antrag des Beliehenen oder der angrenzenden Bergwerkseigenthümer. Sie erfolgt unter Leitung der Bergbehörde. Der Antragsteller trägt die Kosten. Angrenzende Bergwerksbesitzer und die Besitzer der Grundstücke, auf denen Lochsteine zu setzen sind, werden aufgefordert, am Verfahren Theil zu nehmen. Die Vermessung kann an sich den Umfang des Rechts, welches aus der Verleihung folgt, nicht alteriren, wohl aber stellt sie regelmäßig einen Besitzstand her, so daß derjenige, welcher sie später angreifen will, klagend auftreten und den Beweis der Nichtübereinstimmung mit dem wirklichen Rechte führen muß. Vgl. Berggesetz §§. 39. 40. Klostermann Lehrbuch S. 165.

1) L. R. II, 16 §§. 221—237. 244—247. 249. 251. 252. 383—471. Die §§. 81. 238—243. 248. 250. 471 sind als aufgehoben zu betrachten. Huyssen Komm. zum Berggesetz §. 223. — Berggesetz §. 223. Klostermann Lehrbuch S. 366. Vgl. Achenbach S. 141 ff. besonders über das Geschichtliche dieses alten bergrechtlichen Instituts.

Digitized by Google

Der mit dem Stollen Beliehene kann den Stollen[2] sowohl durch freies Feld, wie durch fremde Bergwerksfelder durchtreiben. Die hierbei in freiem Felde gewonnenen bergmännischen verleihbaren Produkte fallen ihm zu. Wichtige Vorrechte aber erhielt er wegen der Nützlichkeit der Anlage, wenn er in einer gewissen, gesetzlich bestimmten Tiefe — der sogenannten Erbteufe — in einem fremden Grubenfelde mit seinem Stollen anlangte.[3]

a) Er hat fortan das Recht auf den Stollenhieb, d. h. auf die in dem fremden Bergwerksfelde bei dem Durchtreiben des Stollens gefundenen Erze. Er kann aber auch anstatt desselben den vierten Pfennig vom Bergwerkseigenthümer fordern, d. h. den vierten Theil der Kosten, welche er auf den Fortbetrieb des Stollens innerhalb des Feldes jenes Bergbauenden verwenden mußte.[4] Dies ohne Rücksicht, ob der Stollen der Grube Nutzen bringt.[5]

b) Benimmt der Stollen dem fremden Grubenbau, in welchen er in der Erbteufe eingedrungen ist, Wasser und bringt ihm Luft, so hat der Stöllner fortan sogar das Recht auf die Abgabe des neunten Theils des Ertrags der Grube.[6]

Der Stöllner muß den verliehenen Stollen so lange gehörig in das Gebirge forttreiben, bis er erklärt, auf den Fortbetrieb zu verzichten, in welchem Falle der Stollen, wie man dies technisch ausdrückt, „verstuft" wird. Seine Vorrechte verliert der Stöllner, er wird nach technischem Ausdruck enterbt, wenn ein anderer gleichfalls mit Erbstollenrecht versehener Stollen in einer gewissen Tiefe — mindestens sieben Lachter — unter ihm in die Grube einfällt. Nach Landrecht sollte aber auch die Enterbung durch eine Wasserhaltungsmaschine geschehen können, welche die Wasser aus jener Tiefe hebt, falls dieselbe mit dem Erbstollenrecht beliehen war.[7] Das Institut des Erbstollens, einst dem Bergbau nützlich, ist in der Gegenwart, da sich die Bergwerkseigenthümer entsprechender und wohlfeiler selbst, z. B. durch Anwendung der Dampfkraft, helfen können, lästig und unzweckmäßig geworden. Seit Inkrafttreten des Berggesetzes werden daher Erbstollengerechtigkeiten nicht mehr verliehen, die früher verliehenen bleiben hingegen in ihren Rechten, können auch, namentlich bis sie verstuft sind, noch in fremde Berg-

---

2) Die gesetzliche Dimension — Breite und Höhe des Stollens bestimmt L. R. II, 16 §. 227.

3) Die Erbteufe bildeten mindestens zehn Lachter und eine Spanne — zwanzig Zoll — von der Dammerde ausgemessen. L. R. II, 16 §§. 428. 429.

4) Gemeinrechtlich gewährt man beide Rechte nebeneinander.

5) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 42 S. 19 ff. Vgl. L. R. II, 16 §. 423.

6) Vgl. aber auch Gesetz über die Besteuerung der Bergwerke vom 12. Mai 1851 §. 4, wonach sich das Neuntel auf ein Zehntel reducirt. Ueber Fälle, in denen der Stöllner das halbe Neuntel bezieht, L. R. II, 16 §§. 434 ff. 442.

7) L. R. II, 16 §. 469.

Digitized by Google

werksfelder eingetrieben werden. Sie werden nach den Bestimmungen des früheren Rechts aufgehoben, im Gebiete des Landrechts insbesondere auch durch eine die gesetzliche Tiefe räumende Wasserhaltungsmaschine, obgleich dieser die Erbstollengerechtigkeit nicht mehr besonders verliehen wird.[8]

III. Rechtsverhältnisse.

§. 267. Rechte des Bergwerkseigenthümers.

Das Bergwerkseigenthum umfaßt nicht bloß das durch die Verleihungsurkunde ertheilte Bergbaurecht — im Formular III der Grundbuchordnung von 1872 das generelle Eigenthum genannt —, sondern auch Zubehörstücke, und zwar unbewegliche wie bewegliche.

Zubehör des Bergwerks[1] bilden namentlich die Grundstücke des Bergwerkseigenthümers, welche zur bergmännischen Industrie benutzt werden, z. B. zu Maschinen- und Zechenhäusern, Wegen, Eisenbahnen, Kanälen dienen. Auch dingliche Nutzungsrechte, durch welche fremde Grundstücke bergmännischen Zwecken dienlich werden, sind Zubehör des Bergwerkseigenthums; insbesondere werden die Hülfsbauten in fremdem Felde vom Gesetz als Zubehör bezeichnet. Die Rechtsstellung der Aufbereitungsanstalten und der Hüttenwerke ist im neuern Bergrechte eine verschiedene geworden. Aufbereitungsanstalten, in welchen die Erze durch mechanische Mittel vom tauben Gestein gesondert werden, bilden regelmäßig Zubehörungen der Bergwerke, für welche sie angelegt sind; Hüttenwerke hingegen, in welchen das Mineral durch chemische Processe ausgeschieden wird, sind präsumtiv nicht mehr dem Bergwerk, dem sie dienen, zugehörig, da diese Produktion als ein selbständiger Industriezweig angesehen wird.[2] Zweifelsohne zählen zum Zubehör des Bergwerks ferner die Betriebswerkzeuge des Bergwerks und der dazugehörigen Anlagen, wie Wagen, Thiere. Sind auch die Produkte des Bergbaues, welche noch auf dem Werke lagern, dessen Zubehör? Für die Regel wird dies zu verneinen sein, wie auch getrennte Früchte aufhören, Zubehör der fruchttragenden Sache zu sein.[3] Natürlich können auch Objekte, welche an sich nicht Zubehör

---

8) Berggesetz §. 223 Abs. 3.

1) Vgl. Klostermann Lehrbuch S. 164. Achenbach I, S. 263 ff. Das Berggesetz schweigt, abgesehen von §. 60. Es läßt sich für die Bestimmung des Zubehörs des Bergwerks §. 135 des Berggesetzes zu Hülfe nehmen, in welchem die Anlagen aufgezählt sind, für welche das Expropriationsrecht in Anspruch genommen werden kann.

2) Hüttenwerke stehen daher nicht mehr unter der Aufsicht der Bergbehörde, sondern unter derjenigen der Regierungen, Gesetz vom 10. Juni 1861 §. 12. Sie genießen auch nicht des bergmännischen Expropriationsrechts, wie Aufbereitungsanstalten. Berggesetz §§. 58. 135.

3) Vgl. auch L. R. I, 2 §§. 65. 93.

Digitized by Google

des Bergwerks sind, demselben durch besondere Entschließung des Eigenthümers zugeschlagen werden. So Ackergrundstücke, welche zum Zwecke des Ausziegelns, Waldungen, die zur Gewinnung des Werkholzes gewonnen wurden.

Hinsichtlich der Gestaltung der Rechte des Bergwerkseigenthümers ist hervorzuheben:

1. Da das Bergwerkseigenthum vom Gesetze als eine unbewegliche Sache angesehen wird,[4] so finden hinsichtlich der Veräußerung und dinglichen Belastung, des Arrests[5] und der Subhastation[6] die gesetzlichen Vorschriften Anwendung, welche in dieser Beziehung beim Grundeigenthum gelten. Namentlich erhält das Bergwerk auch ein Grundbuchblatt, dessen Anlage sich im Wesentlichen nach den für Grundstücke gegebenen Regeln richtet.[7] Bei der Schaffung oder Umschaffung des Bergwerkseigenthums durch eine vom Oberbergamt ertheilte Verleihung, bestätigte Konsolidation oder Vertauschung ist der Erwerber von Amtswegen zur Eintragung anzuhalten. Die freiwillige Veräußerung vollzieht sich seit dem 1. Oktober 1872 nur durch Auflassung und die sich anschließende Eintragung im Grundbuche. In anderen Fällen der Succession, z. B. durch Erbgang, geht aber das Eigenthum auf den Erwerber ohne Eintragung über, und ohne daß der früher von Amtswegen geübte Zwang[8] zur Eintragung noch nach dem neuen Grundbuchrecht Platz greifen kann.[9]

2. Der Beliehene hat petitorische Rechtsmittel, wie ein Grundeigenthümer; auch stehen ihm possessorische Rechtsmittel zu, welche sich nicht bloß auf die Grubenanlagen erstrecken, sondern ihn im Besitze seines Rechts an dem gesammten verliehenen Felde schützen.

3. Nach dem heutigen Bergrecht entscheidet grundsätzlich über die Weise und den Umfang des Betriebs das eigne Belieben des Bergwerkseigenthümers.[10] Doch steht der Bergbau unter der polizeilichen Aufsicht der Bergbehörde. Daher ist unter Anderm der Behörde ein Betriebsplan einzureichen, welcher diese Aufsicht ermöglicht; dieselbe hat ferner nur befähigte Personen zur Leitung des Bergbaues zuzulassen.[11]

4. Dem Bergwerkseigenthümer ist die Möglichkeit einer Expropriation eröffnet,[12] mittels deren er sich die Benutzung der Oberfläche fremder Grund-

---

4) Berggesetz §. 50; oben §. 260 Anm. 7.
5) Berggesetz §. 52.
6) Subhastationsordnung vom 15. März 1869. §§. 107—111.
7) G. B. O. §§. 3. 17.
8) Klostermann S. 205 Anm. 1.
9) G. B. O. §. 30.
10) Ueber die Ausnahme des §. 65 des Berggesetzes siehe Näheres unten §. 273.
11) Berggesetz §. 66 ff.
12) Klostermann Lehrbuch S. 295—318, Achenbach a. a. O. I. S. 168 ff.

Digitized by Google

stücke gegen Entschädigung verschaffen kann, und zwar nicht bloß zu den Grubenbauen, sondern auch zu bestimmten anderen vom Gesetze aufgeführten Anlagen, als Niederlageplätzen, den zur Gewinnung und dem Absatz der Bergwerksprodukte erforderlichen Wegen, Aufbereitungsanstalten.[13] In Streitfällen entscheidet die Verwaltung und zwar endgültig über Bedürfniß, Umfang und Dauer der Zwangsabtretung. Auch die Höhe der zu leistenden Entschädigung bestimmt dieselbe nach dem Gutachten der Sachverständigen, jedoch nur durch ein Resolut, gegen welches der Rechtsweg offen bleibt.[14] Es ist hierbei die Minderung des Jahreseinkommens des Grundeigenthümers in Anschlag zu bringen, und auf Verlangen Kaution für die jährliche Vergütung, sowie für den etwaigen Minderwerth des Grundstücks bei dessen Rückgabe zu stellen.[15] Das solcher Gestalt erworbene Nutzungsrecht kann je nach Umständen eine Grundgerechtigkeit, z. B. ein Wegrecht, oder eine Superficies bilden. Zur Wirksamkeit gegen Dritte bedürfen diese dinglichen Rechte nach besonderer gesetzlicher Bestimmung der Eintragung nicht.[16] Der Grundeigenthümer kann verlangen, daß der Bergwerksbesitzer statt der bloßen Nutzung das Eigenthum des Grundstücks erwirbt, wenn feststeht, daß die Benutzung des Grundstücks länger als drei Jahre dauern wird, oder wenn sie nach Ablauf von drei Jahren noch fortdauert.[17] Auch dann kann er dies fordern, wenn das Grundstück eine Werthverminderung erlitt und der Bergwerksbesitzer dasselbe im verschlechterten Zustande unter Ersatz der Werthverminderung zurückgeben will.[18]

5. Der Bergwerkseigenthümer hat behufs des Betriebs seines Bergwerks das Recht zu s. g. Hülfsbauen, d. h. zu Anlagen außerhalb seines Feldes, z. B. zu Stollen. Hülfsbaue sind im freien Feld, und sofern der fremde Bergbau hierdurch nicht gestört oder gefährdet wird, auch im Felde

13) Berggesetz §. 135 nach L. R. I, 16. §. 109 und der Deklaration vom 27. Oktober 1804, beschränkter für die nicht verliehenen sächsischen Kohlenbergwerke nach Gesetz vom 22. Februar 1869.

14) Berggesetz §. 142 ff. Erfordert ist gemeinsamer Beschluß des Oberbergamts und der Regierung, in den Provinzen der Selbstverwaltung tritt an die Stelle der Regierung der Bezirksrath. Kompetenzgesetz vom 26. Juli 1876 §. 157. Der Bergwerksbesitzer hat stets die Kosten der ersten Instanz des administrativen Verfahrens zu tragen.

15) Das Expropriationsrecht kann Wohn-, Wirthschafts- und Fabrikgebäude und deren eingefriedete Hofräume nicht angreifen. Es ist ihm nicht stattzugeben, wenn ihm überwiegende Gründe des öffentlichen Interesses oder ein specielles Recht auf Befreiung von demselben entgegenstehen. Berggesetz §§. 136. 145.

16) Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 12 Abs. 2.

17) Berggesetz §. 139. Die Enteignung geschieht ohne Auflassung durch den Beschluß; vgl. Berggesetz §. 140 verb: zwangsweise Erwerbung. A. Ansicht Turnau G. B. O. Bd. 2 S. 53.

18) Berggesetz §. 137 Abs. 2. Der Grundbesitzer hat also, wenn das Grundstück nicht unverändert zurückgegeben wird, die Wahl zwischen dem Anspruch auf Ersatz der Minderung oder Ablauf. Von der getroffenen Wahl kann er nicht abgehen.

Digitized by Google

anderer Bergwerksbesitzer gestattet.[19] Sie bilden dingliche Rechte an fremder Sache, für welche Entschädigung zu leisten ist. Die bei Ausführung eines Hülfsbaues im freien Felde gewonnenen Mineralien gehören ihm, wie wenn sie sich in dem ihm ursprünglich verliehenen Bergwerke fänden.

§. 268. Die Gewerkschaft alter Verfassung.[1]

Für die gemeinschaftliche Unternehmung des Bergbaues, wie sie bei dem bedeutenden Kapitalaufwand und dem großen Risiko dieser Industrie häufig erforderlich ist, hat das ältere deutsche Recht eine eigne Gesellschaftsform, die Gewerkschaft, geschaffen. Und zwar hatte nach dem frühern preußischen wie dem gemeinen Rechte der gemeinsame Bergbau mit Nothwendigkeit diese Form,[2] welche unabhängig von dem Belieben der Theilhaber eintrat und deren Verfassung ursprünglich nicht abänderlich war. Sie beruht auf dem Gedanken, daß die Theilhaber Miteigenthümer des Bergwerks und des der Gewerkschaft gehörigen, dem bergmännischen Betrieb gewidmeten Vermögens seien;[3] daneben hat sich ein korporatives Element ausgebildet, welches neuerdings in Folge dringender wirthschaftlicher Bedürfnisse noch größere Bedeutung erlangt hat. Gewerkschaften dieser Art hat das Berggesetz in großer Zahl vorgefunden, und da sich wichtige Privatrechte auf dieser Basis gebildet hatten, im Wesentlichen unangetastet gelassen. Für solche Bergwerke hingegen, welche nach Inkrafttreten des Berggesetzes gemeinsam unternommen werden, hat das Berggesetz eine reformirte Form der Gewerkschaft eingeführt, welche die Gestalt einer juristischen Person hat, so daß die Gewerke nach Außen hin nicht als Miteigenthümer eines Immobiles erscheinen. Es muß hiernach die Gewerkschaft alter Verfassung und die reformirte Gewerkschaft unterschieden werden. Was die Gewerkschaft alter Verfassung anlangt, so sind deren wesentliche Eigenthümlichkeiten nach Inkrafttreten des Berggesetzes noch folgende:

---

19) Berggesetz §. 60 ff. Im Streitfall entscheidet das Oberbergamt über die Verpflichtung. Bis diese Entscheidung gefällt ist, können die Eigenthümer und Bergwerksbesitzer possessorischen Schutz gegen derartige Anlagen fordern, auch die a. negatoria anstellen. Entsch. des Obertrib. Bd. 71 S. 289 ff. Ueber die Bemessung der Entschädigung vgl. Entsch. Bd. 74 S. 88.

1) Berggesetz §§. 94 ff. 226 ff. Klostermann Lehrbuch S. 214 ff. Achenbach a. a. O. I. S. 290 ff. Vgl. auch oben §. 223 über die Rechtsstellung der Miteigenthümer.

2) Nur dann trat nach dem L. R. II, 16 §. 129 ff. diese Gesellschaftsform nicht ein, wenn die Eigenthümer, sogenannte Eigenlehner, den Bau mit eigner Handarbeit betrieben und wenn deren Zahl nicht mehr wie acht betrug.

3) Das Landrecht spricht von Gesammteigenthum, womit man aber dasselbe, wie gemeinschaftliches Eigenthum bezeichnen wollte. Brassert das Bergrecht des allgemeinen L. R. S. 150 ff.

Digitized by Google

1. Das gewerkschaftliche Bergwerkseigenthum zerlegt sich in eine bestimmte Anzahl von Antheilen oder Kuxen, und zwar regelmäßig in 128, eine Zahl, welche durch fortlaufende Theilung mit zwei entstanden ist.[4] Mehrere Kuxe können in der Hand eines Gewerken sich befinden. Die Gewerkschaft erlischt an sich nicht, wenn dieselbe Person alle Kuxe erwirbt.[5] Andererseits kann der einzelne Kux in kleinere Bruchtheile zerfällt werden, was nicht selten zu einer schädlichen Zersplitterung der Kuxe geführt hat.[6]

2. Die Kuxe gelten als unbewegliche Sachen.[7] Die einzelnen Gewerke sind als Eigenthümer ihrer Kuxe oder Kuxtheile in das Grundbuch auf ihren Antrag einzutragen. Die freiwillige Veräußerung des Kuxes geschieht seit dem 1. Oktober 1872 nur durch Auflassung. Für die Verpfändung steht der Weg der Verhypothecirung oder auch der Aufnahme einer Grundschuld offen.[8] Der Kux oder Kuxantheil ist subhastationsfähig.[9]

Die einzelnen Gewerke sind nicht befugt, gegen einander auf Theilung zu klagen.[10] Die Kuxe können ohne Einwilligung der Mitgewerken veräußert werden, die Gewerke haben kein gesetzliches Vorkaufsrecht.[11]

3. Sofern nicht abweichende statutarische Festsetzungen bestehen, geschieht die Bestimmung über die gemeinsamen Angelegenheiten der Unternehmung nach folgenden Grundsätzen durch die Gewerkenversammlung, welche den Gesammtwillen zum Ausdruck bringt. Berufen wird die Gewerkenversammlung der Regel nach vom Repräsentanten oder Grubenvorstand. Ausnahmsweise tritt die Berufung durch die Bergbehörde ein.[12] Zur Beschlußfähigkeit der Gewerkenversammlung ist erfordert,[13] daß entweder sämmtliche zur Zeit der

---

4) Ueber das Historische siehe besonders Achenbach I. S. 290 ff.

5) Das Gegentheil hat neuerdings das Obertrib. Bd. 81 S. 188 erkannt. Es ist hierbei nicht berücksichtigt, daß die einzelnen Kuxe durch die Eintragung im Grundbuch formell selbständige Größen geworden sind, so daß sie diese Eigenschaft nicht verlieren, wenn sie zufällig sämmtlich auf denselben Eigenthümer gelangen.

6) Nach der Bestimmung des L. R. II, 16 §. 135 sollte die Theilung nicht unter einem Achtel eines Kuxes betragen. Das Berggesetz §. 228 verbietet jede andere Zertheilung als die decimale auch für die älteren Bergwerke. Eine anderweite Theilung ist daher fortan ungültig und insbesondere vom Grundbuchamt nicht anzuerkennen. Dagegen kann der einzelne Kux im Miteigenthum Mehrerer stehen, so daß diese als Theilberechtigte auf denselben eingetragen werden, Turnau G. B. O. Bd. 2 S. 55. Der Gewerkschaft gegenüber ist ein Bevollmächtigter der Miteigenthümer zu bestellen.

7) Berggesetz §. 228 Abs. 2.

8) Berggesetz §. 231. Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 68.

9) Wem die Gewerkschaft das ganze Bergwerk verpfändet hat, der kann nicht die Kuxe einzelner Gewerke zur Subhastation bringen. Für ihn existirt diese ideelle Theilung nicht. Gruchot Bd. 9 S. 234.

10) Berggesetz §. 100.

11) Berggesetz §. 104. Vgl. L. R. II, 16 §. 322.

12) Berggesetz §. 122.

13) Berggesetz §§. 112. 113.

Digitized by Google

Berufung im Grundbuch eingetragenen[14] Gewerke anwesend sind oder unter Angabe der Tagesordnung gehörig eingeladen wurden[15] und der Mehrheit nach erscheinen, oder daß, nachdem in der ersten Versammlung die Mehrheit nicht gegenwärtig war, eine zweite Versammlung unter der Verwarnung einberufen wurde, daß die Beschlußfähigkeit ohne Rücksicht auf die Zahl der Theilhaber eintrete. In der Gewerkenversammlung wird nach Kuxen abgestimmt. Die Abstimmung geschieht mündlich; Vertreter sind nach allgemeinen Grundsätzen in der Versammlung zu legitimiren. Die Mehrheit der beschlußfähigen Versammlung entscheidet.[16] Verfügungen über die Substanz des ganzen Bergwerks, auch über dessen Verpachtung, können nur durch eine Mehrheit von drei Vierteln aller Kuxe getroffen werden.[17] Diese Mehrheit genügt an sich auch zur Verpfändung des Bergwerks als Ganzen. Sind jedoch, wie dies meistens der Fall sein wird, einzelne Kuxe bereits mit Hypotheken belastet, so bedarf es zur Verpfändung des Ganzen der Einstimmigkeit, weil dann der Verpfändungsbeschluß auf die einzelnen Kuxe ungleich wirkt.[18]

Den Gewerken, welche nicht zustimmen, steht ein Widerspruchsrecht gegen solche Beschlüsse zu, welche der Gewerkschaft nachtheilig sind. Dieser Widerspruch ist binnen vier Wochen von der Beschlußfassung an bei dem ordentlichen Gerichte oder, falls dies die Statuten so anordnen, bei einem Schiedsgericht klagweise geltend zu machen. Die Klage hemmt die Ausführung der Beschlüsse nur, wenn es sich um Verfügungen über die Substanz des Bergwerks handelt; in anderen Fällen hindert der Widerspruch der Minderheit an sich die Ausführung der Beschlüsse nicht, dieselbe wird erst durch das rechtskräftige Erkenntniß, welches den Beschluß aufhebt, gehemmt.[19]

---

14) L. R. II, 16 §. 266. Entsch. des Obertrib. Bd. 76 S. 205.

15) Gewerke, welche weder im Inlande, noch in einem deutschen Bundesstaate wohnen, haben zur Empfangnahme der Einladungen einen Bevollmächtigten im Inlande zu bestellen. Ist dies nicht geschehen, so reicht ein vierzehntägiger Aushang im Amtslokal des Revierbeamten aus. Dasselbe gilt bei Gewerken, deren Wohnort dem Berufenden unbekannt ist. So das Berggesetz vom 24. Juni 1865 §. 112. vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 81 S. 276, wonach Anzeige zu den Grundakten nicht genügt. Ist bei der Anwendung dieser Bestimmung maßgebend der Bestand des deutschen Bundes, wie er zur Zeit des Erlasses des Berggesetzes war, oder die Verbindung des deutschen Reiches? Wie man in Bezug auf Erweiterungen, z. B. den Elsaß, den jetzigen politischen Zustand zu Grunde legen muß, also auch hinsichtlich der Einschränkungen des Gebietes, welche seit dem Jahre 1865 durch die politischen Ereignisse eintraten.

16) Auch der Repräsentant, welcher Gewerke ist, kann zu seiner Entlastung mitstimmen. Entsch. des Obertrib. Bd. 75 S. 229.

17) Berggesetz §§. 111. 113. 114.

18) Berggesetz §§. 114. 230 Abs. 2.

19) Berggesetz §§. 115. 116. Nicht unbestritten ist die Frage der Beweislast. Das Obertribunal nimmt Entsch. Bd. 61 S. 306 ff. an, daß der Kläger zwar die

Digitized by Google

Verzicht auf das verliehene Bergwerkseigenthum oder Verschenken desselben fordert Einstimmigkeit aller Kuxe.[20]

4. Die Gewerkschaft ist verpflichtet, einen im Inlande wohnenden Repräsentanten[21] oder einen aus mehreren Personen bestehenden Grubenvorstand zu bestellen.[22 23] Derselbe vertritt die Gewerkschaft in allen ihren Angelegenheiten gerichtlich und außergerichtlich. Einer Specialvollmacht bedarf der Repräsentant zu Angelegenheiten, welche nur von einer Mehrheit von drei Viertheilen aller Kuxe beschlossen werden können, sowie zur Ausschreibung von Beiträgen.[24] Beschränkungen der Vollmacht des Repräsentanten müssen in dessen Legitimation aufgenommen sein, um Wirkung gegen Dritte, die sie nicht kennen, zu haben.[25] Es kann ihm aber die Befugniß niemals entzogen werden, Zustellungen für die Gewerkschaft in Empfang zu nehmen.[26] Die Vollmacht des Repräsentanten ist jederzeit widerruflich.

Bestellt die Gewerkschaft auf Auffordern der Bergbehörde keinen Repräsentanten, so kann die Behörde, bis dieser Aufforderung entsprochen ist, interimistisch einen Repräsentanten ernennen.[27]

5. Die preußische Praxis nahm an, daß die Gewerken für die gewerkschaftlichen Schulden den Gläubigern persönlich und solidarisch einständen.[28]

Gründe, aus denen er die Unzweckmäßigkeit des Beschlusses folgert, in der Klage anzuführen und nach allgemeinen Grundsätzen nachzuweisen habe, daß aber auch der verklagten Gewerkschaft obliege, ihre Beschlüsse zu motiviren, und daß sie sich nicht auf eine Verneinung des klägerischen Vorbringens beschränken dürfe. In der That entspricht dies der Natur des Verhältnisses, da die Gewerkschaft in gewissem Sinne die Geschäfte der einzelnen Gewerke besorgt. Vgl. jedoch Gruchot Bd. 14 S. 804 ff.

20) Berggesetz §. 114 Abs. 2. Mehrheitsbeschlüsse binden die Gewerke nur, soweit sie sich auf das gemeinsame Eigenthum beziehen, neue Anschaffungen anderer Art bedürfen der Einstimmigkeit.

21) Ueber den Wahlmodus vgl. Berggesetz §. 118. Auch Frauen können Repräsentanten oder Grubenvorstände sein. Gruchot Bd. 10 S. 376.

22) Die Mitglieder des Grubenvorstandes müssen in der Regel sammt und sonders handeln. L. R. I, 13 §. 201 ff. Doch kann auch durch das Statut Jedem für sich die volle Vertretung eingeräumt werden.

23) Nach L. R. II, 16 §. 269 war der sogenannte Lehnsträger, d. h. der primär mit dem Bergwerkseigenthum Beliehene, Repräsentant der Gewerkschaft in allen Angelegenheiten, welche die Beleihung und Bewahrung des Eigenthums betrafen. Seit dem Berggesetz wählt die Gesellschaft die Repräsentanten.

24) Berggesetz §. 119 ff. Der Repräsentant hat auch das Recht der Substitution, was man bestreiten wollte.

25) Berggesetz §. 119 Abs. 4. Redlichen Dritten gegenüber wird die Gewerkschaft daher selbst durch solche Verträge des Repräsentanten gebunden, die mit den Beschlüssen der Gewerkenversammlung im Widerspruch stehen, ebenso durch solche, gegen welche eine von der Minderheit erhobene und gerichtlich anerkannte Einsprache vorliegt. Der Repräsentant wird der Gesellschaft in Folge solcher Uebergriffe nur persönlich verantwortlich. A. Ansicht Klostermann S. 243.

26) Berggesetz §. 124.

27) Berggesetz §. 127.

28) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 15 S. 48.

Digitized by Google

Dagegen soll nach dem Berggesetz, unter weiterer Ausbildung des korporativen Elements, für die Verbindlichkeiten der Gewerkschaft nur das Vermögen derselben haften.[29] Die Verhaftung des Bergwerks bleibt mithin auch im Fall seiner Veräußerung durch die Gewerken bestehen.

Die Gewerkschaft kann als solche klagen, wie verklagt werden.[30]

6. Die Gewerkschaft löst sich auf, wenn sie kein Bergwerk mehr hat, sei es in Folge einer Entziehung, eines bestätigten Beschlusses der Gewerkenversammlung über dessen Aufgabe, oder dessen Veräußerung. Nach der Auflösung ist der den Gewerken verbleibende gemeinsame Besitz gemäß den Grundsätzen des Miteigenthums zu beurtheilen, so daß nunmehr eine Theilungsklage zuständig wird, Vorkaufsrechte der Genossen erwachsen. Den Gläubigern der Gewerkschaft gegenüber gilt dieselbe jedoch bis zur völligen Abwicklung ihrer Verpflichtungen proceßfähig, so daß sie durch ihre bisherigen Repräsentanten oder an deren Stelle zu ernennende Liquidatoren zu vertreten ist. Das Folium der Gewerkschaft im Grundbuch ist erst zu schließen, wenn den Gewerken gemeinsame, auf ihren Namen eingetragene Immobilien nicht mehr zustehen.[31]

Die Gewerkschaft wird ferner dadurch aufgelöst, daß Konkurs über sie eröffnet wird.

§. 269. Die reformirte Gewerkschaft.[1]

Das bei der Gewerkschaft der alten Verfassung den einzelnen Gewerken zustehende Recht, ihre Antheile am Bergwerk zu verpfänden, macht es der Gewerkschaft selbst meist unmöglich, eine Verpfändung des Bergwerks ihrerseits ins Werk zu setzen, und so den zur Hebung der Produktion wünschenswerthen Realkredit zu finden. Dies veranlaßte das Berggesetz, der Gewerkschaft eine Gestaltung zu geben, bei welcher jenes Hinderniß nicht mehr besteht. Die neue Verfassung tritt ein, wenn seit dem Inkrafttreten des Gesetzes Mehrere an demselben Bergwerk betheiligt werden und nicht durch

---

29) Berggesetz §. 99.

30) Obgleich das Berggesetz §§. 96. 227 dies nur für die Gewerkschaft neuer Form bestimmt, so gilt der gleiche Satz doch auch für die Gewerkschaft alter Verfassung, da man ihn auch früher für sie anerkannte.

31) Das Berggesetz hat über die Auflösung der Gewerkschaft keine besondern Bestimmungen getroffen. Es finden sich daher verschiedene Ansichten. Es ist klar, daß die Verfassung der Gewerkschaft den Besitz eines Bergwerks voraussetzt, welchen sie betreibt, und daß ohne ein solches eine Gewerkschaft im eigentlichen Sinne nicht besteht; vgl. Berggesetz §. 94. Aber wie bei der Korporation sind die Organe der Gewerkschaft noch verpflichtet, sie nach der Auflösung bezüglich der Schulden zu vertreten, vgl. oben §. 56 Anm. 4. R. O. H. G. Bd. 19 S. 190, Werner bei Gruchot Bd. 20 S. 531, anders Gruchot Bd. 19 S. 787.

1) Berggesetz §. 94 ff.

Digitized by Google

notarielles oder gerichtliches Geschäft eine andere Form bestimmt ist,[2] desgleichen dann, wenn eine ältere Gewerkschaft sich die neue Verfassung rechtsbeständigerweise giebt.

Das Wesentliche der reformirten Verfassung liegt darin, daß die Gewerkschaft die Gestalt einer juristischen Person erhalten hat, und nach Außen hin ausschließlich als Eigenthümerin des Bergwerks angesehen wird. In Folge dessen ist sie allein im Grundbuche einzutragen und allein zur Veräußerung und dinglichen Belastung des Bergwerks befähigt.[3] Dagegen sind die Rechte der Gewerkenversammlung und des Repräsentanten, sowie die Rechte und Pflichten der einzelnen Gewerke gegenüber der Gesammtheit wesentlich dieselben wie bei der alten Verfassung. Auch die Auflösung geschieht nach denselben Grundsätzen.

Der Kux — Neukux —, welcher bei der reformirten Gewerkschaft nicht mehr einen ideellen Theil des Bergwerks repräsentirt, sondern als bewegliche Sache gilt, gewährt, ähnlich wie eine Aktie, einen verhältnißmäßigen Anspruch auf Mitverwaltung des Unternehmens und auf einen Antheil am Reingewinn. Die Verschiedenheit der Aktie und des Kuxes liegt aber darin, daß der Aktionär nur zur Einzahlung des Betrags, auf welchen seine Aktie lautet, genöthigt werden kann, während dem Inhaber des Kuxes die Verpflichtung zu Zuschüssen je nach Bedürfniß obliegt. Es steht hiermit in innerer Verbindung, daß die Aktien auf den Inhaber lauten können, die Kuxscheine hingegen nothwendigerweise auf eine bestimmte Person gestellt sein müssen.[4]

Die Zahl der Neukuxe beträgt 100, höchstens 1000. Eine weitere Untertheilung, wie beim Altkux, ist unzulässig, weil sie die Verwaltung, insbesondere die Einziehung der Beiträge erschwert und weil man verhüten wollte, daß Kuxscheine von geringem Belang kleinen Leuten, welche den Werth der damit verbundenen Glückschance nicht zu taxiren wissen, in die Hände gespielt würden. Die Neukuxe finden keinen Platz mehr im Grundbuche, sie sind vielmehr in einem Verzeichniß, welches die reformirte Gewerkschaft selbst führt, dem Gewerkenbuche, einzutragen.[5] Jeder Gewerke erhält auf Verlangen einen Kuxschein über seinen Antheil von der Gewerkschaft ausgestellt. Zur Abtretung des Neukuxes genügt die schriftliche Form.[6] Der

2) Berggesetz §. 133. Es genügt, daß zwei Personen am Bergwerk betheiligt sind. Berggesetz §. 94. — Die Form der Gewerkschaft tritt jedoch nicht ein, wenn das Bergwerk zu einer gemeinsamen Erbschaft oder einer sonstigen gemeinsamen Vermögensmasse gehört. Berggesetz §. 133 Abs. 2. Ein Alleineigenthümer eines Bergwerks kann keine Kuxe schaffen und verpfänden.

3) Berggesetz §. 98.

4) Berggesetz §. 103 Abs. 3.

5) Berggesetz §. 103 Abs. 1.

6) Berggesetz §. 105. Entsch. des Obertrib. Bd. 80 S. 290. Blankocessionen sind unzulässig, vgl. unten Bd. 2 §. 82 Anm. 2.

Digitized by Google

Uebertragende ist dem Erwerber außerdem zur Aushändigung seines Kuxscheins verpflichtet. Die Umschreibung im Gewerkenbuch darf nur auf Grund der Uebertragungsurkunde und gegen Vorlegung des Kuxscheins oder einer Amortisationserklärung erfolgen. Wer im Gewerkenbuche als Eigenthümer eines Kuxes verzeichnet ist, wird der Gewerkschaft gegenüber bei Ausübung seiner Rechte als Gewerke angesehen. Die Verpfändung des Neukuxes geschieht durch Uebergabe des Kuxscheins als Faustpfand auf Grund eines schriftlichen Vertrags. Die Exekution erfolgt im Wege der Mobiliarversteigerung.[7]

Die Verfassung der Gewerkschaft ist nicht unveränderlich durch das Gesetz geordnet. Vielmehr kann sich die Gewerkschaft auf Grund einer Dreiviertelmehrheit unter Bestätigung der Bergbehörde durch gerichtliches oder notarielles Statut eine von der regelmäßigen abweichende Verfassung geben, doch müssen hierbei gewisse Fundamentalsätze unberührt bleiben.[8]

Zur Umwandlung einer Gewerkschaft des alten Rechts in eine solche reformirter Verfassung[9] bedarf es der Dreiviertelmehrheit der Gewerke, wie solche überhaupt zu Verfügungen über die Substanz nöthig ist.[10] Die Zustimmung der an den Einzelkuxen Realberechtigten wird nicht erfordert, ihre Ansprüche verwandeln sich in Faustpfandrechte an den Neukuxen. Die Hypotheken- und Grundschuldgläubiger der Kuxe können jedoch, sofern dies die Natur ihres Anspruchs gestattet, Befriedigung vor der Verfallzeit binnen vom Gesetz bestimmter kurzer Präklusivfrist gerichtlich geltend machen. Erst nach Erledigung dieser hypothekarischen Anrechte wird der Beschluß von der Bergbehörde bestätigt.[11] Die Zahl der umgewandelten Kuxe soll der Regel nach dem Decimalsystem angehören, es kann jedoch mit Genehmigung des Handelsministers im Fall des Vorhandenseins außergewöhnlicher Schwierigkeiten eine

---

7) Berggesetz §§. 108 ff. Ueber Amortisation eines verloren gegangenen Kuxscheins siehe §. 110.

8) Berggesetz §. 94 Abs. 2 und 3. Wesentlich ist unter Anderm die Persönlichkeit der Gewerkschaft, die decimale Theilung der Kuxe, das Verbot der Untertheilung, die Bestellung eines Repräsentanten. — Vgl. noch R. O. H. G. Bd. 14 S. 244.

9) Nach dem Berggesetz §. 235 war die Umwandlung nur schwer durchführbar. Um dieselbe zu erleichtern und zu fördern, wurde das Gesetz vom 9. April 1873 betreffend die Abänderung des §. 235 des allg. Berggesetzes erlassen.

10) Der Beschluß kann auf Antrag der Gewerkschaft im Grundbuch vermerkt werden. Später Eingetragene unterliegen ihm schlechthin.

11) Gesetz vom 9. April 1873 §. 235c. Es wird dann das alte Grundbuchblatt geschlossen und ein neues über die reformirte Gewerkschaft angelegt. Einer Auflassung bedarf es nicht, da im Grunde nur eine neue Form für das gemeinsame Eigenthum gewählt wird. War ein Altkux nur einem Realberechtigten verhaftet, so ist diesem der Kuxschein über den Neukux auszuhändigen, waren mehrere Gläubiger auf dem Altkux eingetragen, so wird der Kuxschein vom Grundbuchamt für sie verwahrt. — Berggesetz §§. 236. 237.

Digitized by Google

andre Zahl gewählt werden. Bleiben bei der neuen Eintheilung überschießende Kuxtheile zurück, und einigen sich deren Eigenthümer nicht über ein andres Verfahren, so erfolgt nach geschehener Zusammenlegung zu ganzen Kuxen auf Grund des bestätigten Gewerkschaftsbeschlusses deren nothwendige Subhastation, so daß aus dem Erlös verhältnißmäßig zunächst die Hypothekarien, dann die bisherigen Eigenthümer befriedigt werden.

Die Umwandlung einer Gewerkschaft in eine andere Gewerkschaftsform, z. B. eine Aktiengesellschaft, verlangt Einstimmigkeit des Beschlusses und gerichtliche oder notarielle Form.[12]

§. 270. Fortsetzung. Rechte und Pflichten gegenüber der Gewerkschaft.[1]

Die Gewerken haben bei beiden Arten der Gewerkschaft nach dem Verhältniß ihrer Kuxe ein Anrecht auf den jährlichen Reinertrag — die Ausbeute — des Bergwerks. Die Ausbeute wird durch Gewerkschaftsbeschluß festgestellt, so daß der Regel nach der Ueberschuß des Erlöses der Bergwerksprodukte über die voraussichtlichen Betriebskosten des nächsten Jahres zur Vertheilung kommt.[2]

Umgekehrt ist der Gewerke verpflichtet, im Bedürfnißfall nach den Beschlüssen der Gewerkschaft zu den Kosten des Betriebs und zur Erfüllung der Verbindlichkeiten der Gewerkschaft einen verhältnißmäßigen Zuschuß — Zubuße — zu leisten.[3] Nach dem älteren Bergrechte konnte der Gewerke, welcher innerhalb gewisser Fristen seiner Verpflichtung zur Zahlung der Zubuße nicht nachgekommen war, seines Kuxes zu Gunsten der Gewerkschaft verlustig erklärt werden, womit auch die auf demselben eingetragnen Realberechtigten ihre Rechte verloren, während der Kux zum Besten der Gewerkschaft verkauft oder auch gegen Entrichtung der rückständigen Zubuße einem Gewerken oder Fremden überlassen wurde. Dieses Kaducirungsverfahren findet nach dem heutigen Bergrecht nicht mehr statt. Die Gewerkschaft kann vielmehr nur gegen den Gewerken auf Zahlung der Zubuße klagen.[4 5] Und

---

12) Berggesetz §§. 133. 134. Rintelen bei Gruchot Bd. 18 S. 31 ff.

1) Klostermann Lehrbuch S. 252 ff.

2) Vgl. L. R. II, 16 §. 301. Natürlich ist auch das Widerspruchsrecht des einzelnen Gewerken nach Maßgabe des §. 115 des Berggesetzes hier platzgreiflich.

3) Berggesetz §§. 115. 129. Die von einem Gewerken rechtzeitig angestellte Anfechtung des Beschlusses hemmt die zwangsweise Beitreibung gegen alle Gewerke.

4) L. R. II, 16 §. 274 ff.

5) Berggesetz §. 129. Die Klage kann nicht erhoben werden, so lange dem Gewerken die Einlegung des Widerspruchs gegen den Beschluß der Gewerkschaft noch offen steht oder ehe über denselben, wenn er rechtzeitig eingelegt wurde, rechtskräftig erkannt ist. Die Fassung des §. 129 ist nicht korrekt, da die Zubuße bereits eingeklagt werden kann, wenn dem Gewerken vor Ablauf von vier Wochen durch Zustimmung zum Beschluß das Widerspruchsrecht verloren ging.

Digitized by Google

zwar ist der Gewerke, welchem der Kux zur Zeit des Beschlusses über Erhebung von Zubußen gehörte, der Verpflichtete, auch wenn er den Kux veräußert haben sollte, ehe der Betrag geleistet wurde.[6] Die Klage hat aber insofern eine Aehnlichkeit mit der römischen Noxalklage, als der Gewerke seine Verurtheilung und die Exekution dadurch abwenden kann, daß er der Gewerkschaft seinen Kux behufs des Verkaufs überläßt.[7] Ist der Antheil unverkäuflich, so wird er der Gewerkschaft zugeschlagen.[8]

Den Gläubigern des Gewerken haftet richtiger Ansicht nach der Kux desselben nur, soweit er einen Ueberschuß über die rückständigen Zubußen ergiebt.[9]

§. 271. Rechte der Grundeigenthümer.[1]

Durch die Verleihung des Bergbaurechts in seinem Grundstück an einen Dritten werden an sich die Befugnisse des Grundeigenthümers nicht beschränkt; es bleibt ihm insbesondere das Recht, über wie unter der Oberfläche Anlagen zu machen. Der Bergwerksbesitzer kann dem nur im Wege der Expropriation entgegen treten; er wird auch dann entschädigungspflichtig, wenn der Grundeigenthümer zum Schutz des Bergbaus durch polizeiliche Maßnahmen in seinen Verfügungen behindert wird.

Seinerseits kann der Grundeigenthümer Störungen und Gefährdungen durch den Betrieb des Bergbaues mittels possessorischer und negatorischer

---

6) Aus Berggesetz §. 107 geht für die Gewerkschaft neuer Form hervor, daß derjenige zur Leistung der Zubuße angehalten werden kann, der im Augenblick des Gewerkenbeschlusses entweder im Gewerkenbuch eingetragen stand, oder dessen Umschreibung wenigstens gesetzlich beantragt war. Für die Gewerkschaft alter Verfassung ist — Berggesetz §. 232 — das Eigenthum im Augenblick des Beschlusses maßgebend.

7) Der Gewerke muß die Ueberlassung der Kuxe zum Verkauf in Gemäßheit des §. 130 des Berggesetzes seinerseits angeboten haben. Er wird von seiner persönlichen Verhaftung im Fall einer im Wege der Exekution zwangsweise eintretenden Veräußerung seines Antheils nicht frei. So Entsch. des Obertrib. Bd. 66 S. 221.

8) Berggesetz §§. 131. 234. Der Verkauf geschieht bei der Gewerkschaft alter Verfassung im Wege der Subhastation, bei der reformirten Gewerkschaft durch Mobiliarversteigerung.

9) Es ist kontrovers, ob den Gewerkschaften im Fall eines zwangsweisen Verkaufs eines verpfändeten Kuxes wegen der von dem Gewerken verschuldeten Beiträge ein Vorrecht vor dem Pfandgläubiger gebührt. Das Obertribunal hat Bd. 73 S. 219, Striethorst Bd. 97 S. 345 die Frage verneint; es ist zuzugestehen, daß der an den speciellen Fall des §. 130 des Berggesetzes sich anschließende §. 131 desselben: „aus dem gelösten Kaufpreise werden zunächst die Verkaufskosten und sodann die schuldigen Beiträge gezahlt," die Frage nicht allgemein und nicht unzweideutig im Sinne jenes Vorrechts löst. Aber die allgemeinen Grundsätze des Miteigenthums führen entschieden hierauf. Als Antheil des einzelnen Genossen ist durchweg nur zu erachten, was nach Abzug der an die Gemeinschaft zu machenden Gegenleistungen übrigbleibt, der Nettoantheil. Hierauf beruht namentlich §. 44 der R. K. O. vgl. Preuß. Konkursordnung §§. 36. 291. Geht man von diesem allgemeinen Grundsatze aus, so ist dem im §. 131 des Berggesetzes ausgesprochnen Satze weitere Anwendung zu geben. So mit Recht Plathner bei Gruchot Bd. 22 S. 288 ff.

1) Vgl. Klostermann bei Gruchot Bd. 21 S. 245 ff. Bd. 22 S. 300.

Digitized by Google

Klage entgegentreten, auch polizeilicher Schutz ist ihm zu gewähren.[2] Besondere Rechte sind:

1. Das ältere Bergrecht räumte dem Grundeigenthümer als Aequivalent für die Pflicht, den Bergbau zu dulden, ein Antheilrecht an dessen Erträgniß, den sogenannten Grundkux, ein. Dieser Antheil bestand nach der Bestimmung des allgemeinen Landrechts in zwei Freikuxen, welche zusammen einen Gewinnantheil von $^2/_{134}$ repräsentiren. Die Zahl ergab sich nämlich dadurch, daß zu den 128 gewerkschaftlichen Kuxen sechs Freikuxe hinzutreten, zwei für Kirche und Schule, zwei für den Grundeigenthümer, zwei für die Knappschaftsvereine, d. h. die Genossenschaft der Bergwerksarbeiter.[3] Berechtigt zum Grundkux war der Eigenthümer des Orts der Fundgrube. Der Grundkux ist mit dem Grundeigenthum untrennbar verbunden. Die Freikuxberechtigten haben weder Beiträge zum Betrieb, sogenannte Zubußen, zu leisten, noch Stimmrecht in der Versammlung der Gewerken, so daß sich ihr Recht zu einem Anspruch auf eine Quote des Reingewinns des Bergwerks — eine Reallastberechtigung — gestaltet.[4]

Das Berggesetz vom 24. Juni 1865 gewährt für die nach seinem Inkrafttreten verliehenen Bergwerke Freikuxe nicht mehr. Früher erworbene Freikuxe bestehen natürlich fort. Dieselben können jedoch durch Vereinbarung der Betheiligten abgelöst werden.[5] [6]

2. Das neuere Bergrecht sichert den Grundeigenthümern vollständige Entschädigung für jegliche Beschädigung, die ihnen durch den Bergbau zugefügt wird, und zwar ohne Unterschied, ob der Betrieb unter dem beschädigten

---

2) Berggesetz §. 196. Klostermann bei Gruchot Bd. 22 S. 301 ff.

3) L. R. II, 16 §. 134 ff. Nach anderen Bergordnungen betragen die gewerkschaftlichen Kuxe 122, so daß die Freikuxe je $^1/_{128}$ ausmachen. — Durch die Aufhebung der Freikuxe der Knappschaften nach dem Gesetz vom 10. April 1854 §. 9 sind die Freikuxe nicht gewachsen. Die Freikuxberechtigten haben einen Anspruch auf Rechnungslegung. Entsch. des Obertrib. Bd. 81 S. 196.

4) L. R. II, 16 §. 277. Als Realberechtigung deklarirt das Recht insbesondere Berggesetz §. 224.

5) Berggesetz §. 224. Ob bereits früher Ausbeute gewonnen war, ist irrelevant. Entsch. des Obertrib. Bd. 74 S. 108.

6) Als partikularrechtlich kommt ferner vor die sogenannte Tradde — vgl. Klostermann Lehrbuch S. 332 —, ein Recht an dem Rohertrag des Baues für den Grundeigenthümer, auf dessen Boden ein Schacht abgeteuft ist, falls er nicht Ersatz des Grundschadens wählt. Dies Recht besteht nur für die vor dem Inkrafttreten des Berggesetzes abgeteuften Schachte fort. Ein weiterer provinzialrechtlicher Anspruch der Grundeigenthümer war das Recht auf Mitbau zur Hälfte, vgl. L. R. II, 16 §. 124 ff. Dieses Recht mußte nach einer Aufforderung des Muthenden, sich über die Ausübung zu entscheiden, innerhalb drei Monaten geltend gemacht werden. Das Bergrecht hat auch dies Gesetz vom Inkrafttreten des Gesetzes an für die Zukunft aufgehoben, und frühere Ansprüche auf diese Theilnahme schlechthin von einer gerichtlichen Klage bis zum 1. Oktober 1866 abhängig gemacht. Berggesetz §§. 224. 225.

Digitized by Google

Grundstücke stattgefunden hat oder nicht, ob die Beschädigung von dem Bergwerksbesitzer verschuldet ist, und ob sie vorausgesehen werden konnte oder nicht.[7] Diese ausgedehnte Verpflichtung ist gleichsam die Auflage, unter welcher das Gesetz den Bergbaubetrieb allgemein konzessionirt.[8]

Nicht nur der Grundeigenthümer, sondern auch Nutzungsberechtigte, z. B. Nießbraucher, Pächter, können die Schadloshaltung verlangen. Die Entschädigung ist namentlich auch wegen Entziehung der Wassernutzungen zu leisten. Auch bezieht sich die Verpflichtung richtiger Ansicht nach auf indirekten wie direkten Schaden, z. B. auf die Beschädigung unseres Viehstandes durch den Einsturz eines Stalles, welchen der Bergbau veranlaßt hat.[9] Sie fällt aber weg, wenn dem Beschädigten eignes grobes Verschulden zur Last fällt. War daher bereits zur Zeit der Einrichtung einer Anlage bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit deren voraussichtlicher baldiger Zusammensturz durch den Bergbau zu erwarten, so kann der Grundeigenthümer für diesen Schaden keinen Ersatz verlangen, wohl aber ist ihm die Werthverminderung zu vergüten, welche seine Sache dadurch erlitt, daß er eine an sich wirthschaftlich gerechtfertigte Anlage in Folge dieser Gefährdung nicht in Angriff nehmen kann.[10] Ist die Beschädigung Folge des Betriebs von Werken verschiedener Eigenthümer, so soll denselben der Ersatz gemeinschaftlich und zwar zu gleichen Theilen obliegen.[11] Der Anspruch ist nicht dinglich, die Pflicht zur Entschädigung geht daher im Fall einer Veräußerung des Bergwerks auf den Erwerber nicht über. Wer eine Anlage während der Zeit seines Besitzes machte, haftet auch für die schädlichen Folgen, welche sich erst während der Besitzzeit seines Nachfolgers herausstellen.

---

7) Ueber ältere Ordnungen siehe Klostermann bei Gruchot Bd. 21 S. 250. Den Entschädigungsanspruch hat die preußische Jurisprudenz, gestützt auf L. R. II, 16 §. 112, allseitig ausgebildet, vgl. u. A. Plenarbeschluß des Obertribunals vom 18. April 1843, Entsch. Bd. 9 S. 101, Präj. 1284. Das Berggesetz §. 148 hat die Rechtssätze, welche sich in dieser Weise festgestellt hatten, zum Gesetz erhoben. Die oben §. 267 unter 4 besprochene Entschädigung im Fall der Expropriation hat einen andern Charakter.

8) Der Anspruch verjährt in Gemäßheit von L. R. I, 6 §. 54 und der Deklaration vom 31. März 1838 in drei Jahren. Berggesetz §. 151.

9) A. Ansicht Gruchot Bd. 2 S. 447. Klostermann Lehrbuch S. 323.

10) So ist Berggesetz §. 150 zu handhaben.

11) Dies hatte bereits der Plenarbeschluß des Obertribunals, Präj. 2153, Entsch. Bd. 18 S. 71 erkannt, vermittelnd zwischen den entgegengesetzten Ansichten, welche einerseits solidarische Verhaftungen sämmtlicher Werkbesitzer annahmen, andererseits zur Durchführung der Klage gegen Jeden Nachweis des Antheils forderten. Der Plenarbeschluß war nur für den Fall bestimmt, daß der Beschädigte ein anderes Antheilsverhältniß nicht nachweisen konnte. Das Berggesetz §. 149 verpflichtet die mehreren Grubenbesitzer schlechthin dem Beschädigten zu gleichen Theilen und überläßt ihnen, unter sich den Nachweis eines anderen Theilnahmeverhältnisses zur Begründung des Anspruchs auf Erstattung des Zuvielgezahlten zu führen. Die Klage ist gegen die Bergwerkseigenthümer gemeinschaftlich anzustellen nach einem bei Klostermann bei Gruchot Bd. 22 S. 310 angeführten Erkenntniß des Obertribunals.

Digitized by Google

Der Bergwerkseigenthümer ist zur Herstellung des frühern Zustandes wohl berechtigt, nicht aber verpflichtet.[12]

3. Dient die Oberfläche zu öffentlichen Wegen, Eisenbahnen, Kanälen und anderen öffentlichen Verkehrsmitteln, so muß der Bergwerkseigenthümer entweder, soweit dies zu deren Erhaltung nöthig ist, das Bergwerksfeld unangebrochen, s. g. Bergfesten, stehen lassen, oder die Unversehrtheit der Oberfläche durch Bauten sicher stellen. Allgemeinen Grundsätzen nach könnte der Bergwerkseigenthümer hierfür schwerlich Ersatz fordern, da die Verpflichtung sich dadurch rechtfertigt, daß der Grundeigenthümer nicht durch den bergmännischen Betrieb leiden soll. Das Berggesetz spricht dem Bergbautreibenden zwar keine Schadensansprüche wegen Stehenlassens von Bergfesten zu, gibt ihm aber, einer gewissen Billigkeit folgend, Ansprüche wegen der Herstellungskosten der sonst nicht erforderten Bauten, wenn der Bergbautreibende zu dem Bergbaubetrieb früher ermächtigt war, als die Genehmigung für die Anlage des Verkehrsmittels erfolgt ist.[13]

4. Der Bergwerkseigenthümer ist zwar befugt, auch die durch den Betrieb des Bergwerks gewonnenen, nicht verleihbaren Mineralien zu Zwecken seines Betriebs ohne Entschädigung des Grundeigenthümers zu verwenden. Soweit diese Verwendung aber nicht erfolgt, ist der Bergwerkseigenthümer verpflichtet, jene Mineralien dem Grundeigenthümer auf dessen Verlangen gegen Erstattung der Gewinnungskosten herauszugeben.[14]

IV. Veränderung, Aufhebung des Bergwerkseigenthums.

§. 272. Konsolidation, Theilung der Bergwerksfelder.

1. Die Produktionsverhältnisse der Gegenwart fordern häufig die Gemeinsamkeit des Betriebs mehrerer Bergwerke, namentlich solcher, welche nach der frühern Regel nur geringern Umfangs sind. Um dies zu erleichtern und rechtlich zu sichern, begünstigt die neuere Berggesetzgebung die Konsolidation,[1] d. h. die Umschaffung mehrerer bisher selbständiger Bergwerke zu einer neuen einheitlichen juristischen Größe. Erforderlich ist:

---

12) Auch wenn der Bergwerkseigenthümer den vollen Werth des beschädigten Grundstücks zu ersetzen hat, soll er nach Entsch. des Obertrib. Bd. 79 S. 35 dessen Abtretung nicht fordern können.

13) Berggesetz §. 154. Das Berggesetz behält außerdem den vor dem 1. Oktober 1865 beliehenen Bergwerken etwaige größere Ansprüche vor, welche sie nach älteren Gesetzen hätten erheben können. Solche Ansprüche existiren jedoch nicht.

14) Berggesetz §. 57.

1) Berggesetz §. 41 ff. Klostermann Lehrbuch S. 172 ff. Achenbach I. S. 271.

Digitized by Google

a) ein gerichtlicher oder notarieller Konsolidationsakt. Derselbe beruht entweder auf einem Vertrage der Eigenthümer der zu vereinigenden Bergwerke[2] oder, wenn die Werke bereits demselben Eigenthümer gehören, auf dessen Willenserklärung. In dem Konsolidationsakte muß, wenn eine Gewerkschaft alter Verfassung betheiligt ist, bestimmt sein, in welchem Verhältniß die Kuxe der zu vereinigenden Bergwerke an dem konsolidirten Werke betheiligt sein sollen. Ferner ist eine Bestimmung darüber zu treffen, in welchem Rangverhältniß Schulden und andere auf den zu vereinigenden Bergwerken im Ganzen ruhende Lasten auf das konsolidirte Werk übergehen sollen.

b) An und für sich bedürfte es der Zustimmung sämmtlicher Realgläubiger zu dem Konsolidationsakte, da durch denselben an die Stelle des ihnen bisher verhafteten ein neues Objekt treten soll. Hieran hat man auch in den Fällen festgehalten, in welchen dingliche Rechte die zu vereinigenden Bergwerke bisher als Ganzes belasteten. Anders aber bei der Gewerkschaft alter Verfassung. Hier haben die Realinteressenten, welchen einzelne Kuxe verhaftet waren, nur das Recht des Einspruchs, wenn sie durch die Bestimmung des Antheilsverhältnisses ihres Kuxes im Konsolidationsakt verletzt zu sein glauben. Sie müssen dasselbe durch Klage innerhalb der Zeit von drei Monaten nach der Bekanntmachung des Konsolidationsakts durch die Bergbehörde geltend machen. Außerdem können solche Realinteressenten, sofern dies die Natur ihres Rechts verstattet, innerhalb gleicher Frist[3] Befriedigung vor der Verfallzeit fordern.

c) Die Konsolidation vollendet sich mittels der nach Erfüllung der gesetzlichen Erfordernisse erfolgenden Bestätigung des Konsolidationsakts durch die Bergbehörde.[4] Bei Bergwerken, die aneinandergrenzen, darf die Bestätigung nur aus Gründen des allgemeinen Interesses, bei nichtangrenzenden auch wegen Unzweckmäßigkeit der Vereinigung versagt werden.[5]

Das konsolidirte Bergwerk ist eine neue juristische Größe. So erscheint es auch im Grundbuch, in welches die Eintragung der Konsolidation von Amtswegen erfolgt. Dennoch entnimmt es seinen Rechtsbestand den früheren Verleihungen. War daher die Verleihung eines der vereinigten Felder anfechtbar, so überträgt sich diese Anfechtbarkeit auf das konsolidirte Werk.

---

2) Der Wille der Gewerken wird, wie bei anderen Verfügungen über die Substanz, durch eine Mehrheit von drei Vierteln der Kuxe ausgedrückt. Berggesetz §. 114. Die einzelnen Gewerke haben das gewöhnliche Einspruchsrecht, wenn der Beschluß nachtheilig sein sollte.

3) Achenbach a. a. O. I. S. 278 Anm. 2.

4) Im Gesuche an die Bergbehörde ist Angabe des dem konsolidirten Bergwerk beigelegten Namens, Angabe eines Situationsrisses nöthig.

5) So legt Achenbach I. S. 273 den §. 49 des Berggesetzes aus.

Digitized by Google

2. Eine Veränderung des Bergwerksfeldes ist ferner möglich durch Abtrennung von Theilen des Feldes, welche insbesondere auch zum Zwecke eines Umtausches geschehen kann.[6] Auch diese Veränderung ist abhängig von der Genehmigung der Bergbehörde, welche aber nur aus Gründen des öffentlichen Interesses zu versagen ist.[7]

Selbständige Felder, die durch die Theilung entstehen, haften den bisherigen Realberechtigten nach wie vor solidarisch. Im Falle eines Austausches von Theilen der Felder wird hingegen das Ausgetauschte von seinen bisherigen Lasten frei und übernimmt diejenigen des Bergwerks, dem es zugeschlagen wird. In beiden Fällen gewährt das Gesetz den Pfandgläubigern ein Kündigungsrecht vor der Verfallzeit, soweit dies die Natur des versicherten Anspruchs gestattet, innerhalb kurzer Frist nach der Bekanntmachung durch die Bergbehörde.[8]

§. 273. Aufhebung des Bergwerks.[1]

Das einmal geschaffene Bergwerk erhält sich als eine besondere Vermögensgröße, auch wenn es in Folge der allgemeinen Grundsätze des Immobiliarsachenrechts ohne Eigenthümer ist, wie dies z. B. geschehen kann durch formlose Dereliktion Seitens des bisherigen Eigenthümers oder durch dessen Tod, ohne daß er einen Erben findet. In solchem Falle bleiben daher die Realrechte, insbesondere die Hypotheken am Bergwerk bestehen und es kann dasselbe auch durch Subhastation einen neuen Eigenthümer erlangen.

Sehr verschieden ist hiervon der Fall, in welchem das verliehene Bergwerk als solches untergeht — in das Freie fällt. Solcher Untergang trat nach dem früheren Bergrecht namentlich dann ein, wenn der Bergwerkseigenthümer das Bergwerk nicht in gehörigem Betrieb erhielt, ohne sich „Fristung" Seitens der Bergbehörde verschafft zu haben.[2] War dies um deswillen an sich nicht unbillig, weil dem Bergwerkseigenthümer das Bergwerk zum Zweck des Betriebs *verliehen* war, so schmälerte doch die hierin begründete Unsicherheit über das Fortbestehen des Bergwerkseigenthums einem jeden Besitzer den Realkredit. Das neueste Berggesetz hat daher diese Verlustigung äußerst beschränkt. Das Oberbergamt kann nämlich den Eigen-

6) Berggesetz §. 51. Klostermann Lehrbuch S. 182. Achenbach I. S. 283 ff. 299 ff.

7) Nach dem Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 §. 68 vollzieht sich der Eigenthumsübergang durch Bestätigung der Bergbehörde; der Auflassung bedarf es nicht, der Erwerber ist von Amtswegen zur Eintragung anzuhalten. Vgl. übrigens R. O. H. G. Bd. 18 S. 261.

8) Die Abtretung von Bergwerksfeldern ohne Umtausch, z. B. gegen einen Kaufpreis, kann nur mit Zustimmung aller Realgläubiger geschehen.

1) Berggesetz §. 156 ff. Klostermann Lehrbuch S. 194.

2) L. R. II, 16 §. 188 ff.

Digitized by Google

thümer nach dessen Vernehmung noch aus überwiegenden Gründen des öffentlichen Interesses zur Inbetriebsetzung des Bergwerks innerhalb der Zeit von sechs Monaten unter Androhung der Entziehung des Bergwerks auffordern.[3] Ungehorsam gegen die Aufforderung hat die Einleitung des Entziehungsverfahrens durch Beschluß des Oberbergamts zur Folge, so daß aber dem Bergwerkseigenthümer binnen vier Wochen nach Einhändigung des Beschlusses oder Rekursbescheides eine gerichtliche Klage gegen das Oberbergamt auf Aufhebung des Beschlusses zugestanden wird. Die Einleitung des Entziehungsverfahrens ist den Realberechtigten bekannt zu machen. Dieselben, wie auch der Eigenthümer des Bergwerks, können daraufhin Subhastation des Werks binnen drei Monaten beantragen. Unterbleibt dieser Antrag oder führt die Subhastation nicht zum Ziel, so spricht das Oberbergamt durch einen endlichen Beschluß die Aufhebung des Bergwerkseigenthums aus.

In Folge der Aufhebung geht das Bergwerk als besonderes Rechtsobjekt unter, die demselben zugehörigen Mineralien sind fortan als unverliehene anzusehen, daher auch Gegenstand neuer Muthung und Verleihung, sofern sie nach dem Berggesetz noch verleihbar sind. Die dem Bergwerkseigenthümer gehörigen Zubehörstücke verlieren ihre Eigenschaft als Pertinenzen; sie bleiben aber als selbständige Sachen in seinem Eigenthum, während sie im Fall der Subhastation mit dem Bergwerk auf den Adjudikatar übergegangen wären.[4]

Aehnliche Rechtsfolgen treten ein, wenn der Bergwerkseigenthümer vor der Bergbehörde auf das Bergwerk verzichtet. Auch hier können die Realberechtigten Subhastation fordern, letztlich wird das Bergwerkseigenthum durch Beschluß aufgehoben.

Ohne weiteres erlischt das Bergwerkseigenthum, wenn das verliehene Mineral vollständig abgebaut ist.

---

3) Berggesetz §. 65. Vgl. oben §. 217 sub 5.

4) Klostermann a. a. O. S. 198. Eine Ausnahme im Interesse der öffentlichen Sicherheit bestimmt Berggesetz §. 163.

Digitized by Google

Vierter Abschnitt.

Die dinglichen Nutzungsrechte.

Erster Titel.

Einleitung. Gemeinsames der dinglichen Rechte an Sachen.

§. 274. Charakter dieser Rechte.[1]

Den dinglichen Rechten an Sachen ist es im Gegensatze zum Eigenthumsrechte wesentlich, daß sie dem Berechtigten das dienende Objekt bloß nach einer besonderen Richtung und zu einem bestimmten Zwecke unterwerfen. Ihr Umfang reicht daher so weit, als es der durch die Natur der Berechtigung und durch den Vertragswillen gesetzte Zweck erfordert. In Zweifelsfällen aber ist zu Gunsten der Freiheit des Eigenthümers auszulegen.[2]

Die begrenzten dinglichen Rechte pflegt man — dem schließt sich auch das Landrecht an[3] — als Rechte an fremder Sache zu bezeichnen. Zwar sind Rechte dieser Art auch an herrenlosen Sachen möglich,[4] da sie ihr

---

1) Vgl. u. A. Böcking Pand. II. §. 160. Windscheid I. §. 200. — Dernburg Pfandrecht I. §. 14; oben §. 183.

2) L. R. I, 19 §. 12 ff. L. R. I, 21 §§. 8. 9. Bei der Ausmittlung des Inhalts der Belastungen sind nicht bloß die ausdrücklichen Bestimmungen, sondern ebensosehr die Umstände des gegebenen Falles, namentlich auch Ortsgebrauch, bisherige Uebung von Wichtigkeit. Vgl. auch l. 17 §. 1. D. de aqua 39, 3.

3) Dasselbe spricht im neunzehnten Titel des ersten Theiles „Von dinglichen und persönlichen Rechten auf fremdes Eigenthum überhaupt."

4) Nicht wenige romanistische Schriftsteller — Böcking Pand. II. §. 159, Brinz Pand. I. §. 186. — betrachteten als wesentlich für die Servituten, daß sie Beschränkungen des Eigenthums bildeten, woraus zu folgern wäre, daß solche Rechte an herrenlosen Sachen unmöglich seien. Gerade das römische Recht giebt jedoch mehrfach Beispiele von Servituten, die an herrenlosen Sachen fortbestehen. So galt in klassischer Zeit der Sklave, der im Ususfrukt stand und von seinem Eigenthümer, welchem in Folge dieses Rechts die Befugniß zur Freilassung fehlte, manumittirt war, als servus sine domino; der Ususfrukt aber bestand fort. Ulp. fragm. I. §. 19. Dosith. de manum. §. 11. l. 1. C. comm. de manum. 7, 15. Justinian änderte dies dahin, daß der unter solchen Verhältnissen Freigelassene dem Eigenthümer gegenüber als frei, dem Nießbraucher gegenüber als Sklave galt. Einen andern Fall des Nießbrauchs an einem Sklaven sine domino bespricht l. 23 pr. D. de lib. causa 40, 12. Vgl. Elvers Servituten S. 30 ff. Windscheid I. §. 201 Anm. 1.

Digitized by Google

Maß in sich und in ihren Zwecken finden; insbesondere wird ein Servitutenrecht, ein Pfandrecht nicht dadurch in seinem Bestande alterirt, daß die belastete Sache z. B. in Folge einer Dereliktion ohne Eigenthümer ist. Aber allerdings stehen der bei weitem überwiegenden Regel nach die dem dinglichen Rechte unterworfenen Sachen in dem Eigenthum eines Dritten. Das dingliche Recht, welches in seiner Sphäre dem Eigenthumsrechte vorgeht, hat dann die Wirkung einer Einschränkung des Eigenthums.[5]

Auch an einer dem Verkehr entzogenen Sache kann ein dingliches Recht begründet werden, sofern dasselbe dem öffentlichen Zwecke, welchem die Sache dient, nicht widerstreitet. Und zwar kann dies nicht bloß durch Verleihung, sondern auch durch Verjährung geschehen. Insbesondere sind Servituten, sowie superficiarische Rechte an öffentlichen Plätzen und Straßen bei uns unter jener Voraussetzung zulässig.[6]

Das Eigenthumsrecht als das seiner Bestimmung nach unbegrenzte Recht muß das begrenzte Recht absorbiren, wenn beide sich in einer Hand vereinigen. Daher der römische Grundsatz nulli res sua servit.[7] Bei uns erleidet dieser Satz indessen, wenn er auch als Regel gilt, wesentliche Ausnahmen. In Folge der Eintragung insbesondre erhalten sich subjektiv und objektiv dingliche Rechte für den Fall, daß sie wieder an verschiedne Eigenthümer gelangen,[8] es gehen ferner Hypotheken und Grundschulden nicht unter, wenn sie der Eigenthümer der belasteten Sache erworben hat, solange er sie nicht löschen läßt. Ja es ist sogar die Begründung einer Grundschuld an eigner Sache zulässig.[9]

Dingliche Rechte können bei uns, im Gegensatz zum römischen Recht,[10] den jeweiligen Besitzer der belasteten Sache zu einem Thun verpflichten.[11] Dies ermöglicht nicht bloß dingliche Rechte, z. B. Reallasten, welche haupt-

---

5) L. R. I, 19. §. 9.

6) Vgl. unten §. 289 Anm. 7. Roth bayer. C. R. II, §. 152 Anm. 10. Privilegien dieser Art kennt auch das römische Recht cf. l. 18 §. 1 D. de aqua 39, 3. cf. l. 14 in f. D. de serv. 8, 1.

7) l. 26 D. de serv. pr. u. 8, 2. l. 33 §. 1 D. de serv. pr. r. 8, 3. l. 10 D. comm. praed. 8, 4.

8) L. R. I, 22. §§. 53. 54, für Grundgerechtigkeiten ausgesprochen, werden auf alle subjektiv und objektiv dinglichen Rechte angewendet. L. R. I, 16. §. 482 ff. bezieht sich auf den besondern Fall einer subjektiv dinglichen, objektiv persönlichen Verpflichtung, z. B. eines Zwangs- und Bannrechts. Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1. S. 424.

9) Gesetz über den Erwerb des Eigenthums §§. 27. 28. 63 ff.

10) l. 15 §. 1 D. de serv. 8, 1 servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti ut viridaria tollat aut amoeniorem prospectum praestet; sed ut aliquid patiatur aut non faciat.

11) Vgl. oben §. 183.

Digitized by Google

sächlich in einem Thun bestehen, es beeinflußt die reallastbildende Tendenz des deutschen Rechts auch die innere Bildung derjenigen Rechte, welche römischen Arten entsprechen, z. B. der Servituten.[12] Ist es jedoch zweifelhaft, ob der Eigenthümer der dienenden Sache nur zu einem Dulden, oder auch zu einem Thun verpflichtet sei, so ist das Erstere als das Mindere anzunehmen, da die weitergehende Belastung nicht zu vermuthen ist.[13]

§. 275. Die Eintragung der dinglichen Rechte an Grundstücken.[1]

Die Eintragung im Grundbuche ist auch nach dem jetzigen Grundbuchrechte von verschiedener Bedeutung für die Verpfändung von Grundstücken und für die übrigen dinglichen Rechte an solchen. Die Entstehung von Hypotheken und Grundbuchschulden ist durch die Eintragung bedingt,[2] bei anderen dinglichen Belastungen, insbesondre Personalservituten, Reallasten hängt nur die Wirksamkeit gegen Dritte von der Eintragung ab.[3]

Allerdings hatte die Regierungsvorlage eine Bestimmung projektirt, wonach die dinglichen Rechte an Grundstücken, welche auf einem privatrechtlichen Titel beruhen, sämmtlich nur durch den Eintrag **begründet** werden sollten. Diese Absicht fand auch an sich bei den Berathungen des Entwurfes in den Häusern des Landtages keinen Widerstand. Es erhoben sich aber Bedenken mit Rücksicht auf den gesetzlichen Nießbrauch des Vaters und Ehemannes. Sollten diese Rechte fortan nicht mehr durch die väterliche Gewalt und durch die Ehe entstehen? Es konnte hier offenbar doch nur bezweckt werden, die dingliche Wirkung gegen Dritte an die Eintragung zu knüpfen! Deshalb änderte man die Vorlage. Aber man beschränkte sich hierbei nicht auf die Fälle des gesetzlichen Nießbrauches, sondern bestimmte mit alleiniger Ausnahme des Pfandrechts allgemein, daß die Eintragung nicht die Entstehung von dinglichen Belastungen, sondern nur deren Wirksamkeit gegen Dritte bedinge.[4] Sie ist also nicht Erwerbsmodus,* sondern eine Maßnahme zur Sicherung des erworbnen Rechts.

---

12) Vgl. unten bei den Grundgerechtigkeiten §. 293 unter 2.

13) So L. R. I, 19. §. 15.

1) Vgl. Förster Preußisches Grundbuchrecht 1872 S. 106 ff., die Kommentare zu den Gesetzen vom 5. Mai 1872 insbesondere zu §. 12 ff. von Achilles und Bahlmann.

2) Gesetz vom 5. Mai 1872 über den E. E. §. 18.

3) Gesetz über den E. E. §. 12.

4) Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 12. Das Bedenken gegen die Regierungsvorlage wurde zuerst in der Herrenhauskommission erhoben und daraufhin die jetzige Fassung in der zweiten Lesung des Entwurfs durch jene Kommission angenommen. Die bestimmenden Gründe der Umgestaltung treten in dem Berichte der Herrenhauskommission S. 38 nicht scharf hervor, sie sind entwickelt bei Förster Grund-

Digitized by Google

Das Gesetz macht von der Anforderung der Eintragung nicht wenige Ausnahmen.[5] Dies einmal für die gesetzlichen Vorkaufsrechte. Solche finden sich aber nur noch im Falle des Miteigenthums, welches ohnehin in der Regel aus dem Grundbuche ersichtlich ist, und in dem Falle, daß ein für gemeinnützige Zwecke expropriirtes Grundstück für dieselben wieder entbehrlich wird.[6] Ferner ist die Wirkung der Miethe- und Pachtverträge gegen Dritte nur an den Besitz geknüpft und von der Eintragung unabhängig geblieben, da dieselbe als Regel unausführbar erschien. Auch für Grundgerechtigkeiten erachtete man die Eintragung nicht als Bedürfniß;[7] sie ist ebensowenig nöthig für s. g. Legalservituten, auch wenn sie nicht gleichmäßig wirken, sondern sich nach den besondern Verhältnissen der Grundstücke individuell gestaltet haben, wie für die Aufhebung ihrer Geltung im gegebnen Fall. Außerdem

buchrecht S. 108 ff. Unrichtig aber scheint uns, wenn Förster aus der Vorgeschichte der jetzigen Fassung den Schluß zieht, daß man trotz derselben daran festhalten müsse, daß die dinglichen Rechte an einem Grundstücke, ebenso wie das Eigenthum, nur durch Eintragung erworben werden können, daß also z. B. Ersitzung nicht mehr zulässig sei und daß nur der gesetzliche Nießbrauch ohne Eintragung entstünde und Wirksamkeit gegen Dritte erst durch sie gewinne. Das könnte in der Konsequenz der Grundanschauung des neuen Gesetzes liegen, widerstreitet aber der schließlich beliebten Fassung desselben. Auf die Frage, in welcher Weise die dinglichen Rechte fortan begründet werden, ist vielmehr zu antworten: nach den Grundsätzen des bisherigen Rechtes. So auch Bahlmann Gesetz über den E. E. §. 12. Demnach bestehen nun freilich nach dem neuen Grundbuchsrechte für jede der drei Kategorien der dinglichen Rechte verschiedene Systeme. 1) Eigenthum wird im Fall der freiwilligen Veräußerung nur durch Auflassung und Eintragung erworben, außerhalb des Falls der freiwilligen Veräußerung entsteht es nach den bisherigen Vorschriften der Gesetze. 2) Die dinglichen Rechte an fremden Grundstücken entstehen überhaupt noch nach der Vorschrift der bisherigen Gesetze ohne Eintragung, ihre Geltung gegen Dritte ist aber von der Eintragung in allen Fällen abhängig. 3) Das Pfandrecht an Grundstücken entsteht schlechthin nur durch Eintragung.

Nicht zutreffend wäre der Einwand, daß die Dinglichkeit des Rechts gerade in dessen Wirksamkeit gegen Dritte bestehe, so daß also mit dieser Wirksamkeit seine Dinglichkeit aufgehoben wäre. Die Dinglichkeit gründet sich vielmehr in der Unmittelbarkeit der Herrschaft über die Sache. Wenn dieselbe regelmäßig von Jedem respektirt werden muß, so ist dies noch nichts Wesentliches. Praktisch tritt die Dinglichkeit in der Möglichkeit einer dinglichen Klage, eines Possessoriums dem Besteller und dessen Erben gegenüber zu Tage.

5) Nach bisherigem Rechte wurde die Dinglichkeit regelmäßig durch den Besitz des Rechts begründet. So wurde z. B. eine Reallast als eine Species eines affirmativen Rechtes dinglich dadurch, daß der Besitzer des angeblich belasteten Grundstücks die von ihm in Anspruch genommene Handlung leistete. Doch war auch ein solches dingliches Recht bis zur Eintragung nur von beschränkter Wirksamkeit gegen Dritte. So forderte man wenigstens bei Reallasten, um den Besitznachfolger zu verbinden, entweder dessen Kenntniß der Last im Augenblick des Sacherwerbs oder die vorgängige Eintragung derselben im Grundbuche oder daß sie nur eine Gegenleistung für ein auf den Erwerber übergegangenes Recht war. Entsch. des O. Trib. Bd. 18 S. 321 ff.

6) Gesetz vom 2. März 1850 §. 2 Nr. 6. §. 4. L. R. I, 17. §. 61, Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 §. 57, Berggesetz vom 24. Juni 1865 §. 141. Vgl. übrigens oben §. 223 Anm. 13.

7) Dabei ist zu beachten, daß Weide- und Forstgerechtigkeiten bei uns durch die Gemeinheitstheilungen zum großen Theil aufgehoben sind, auch nicht mehr durch

Digitized by Google

sah man von ihr ab bei gewissen auf Grund des Berggesetzes im Wege des Zwangsverfahrens erworbnen Rechten dinglicher Natur.[8] Endlich bedürfen der Eintragung nicht die Ansprüche, welche auf einem öffentlich rechtlichen Titel beruhen, die sogenannten gemeinen Lasten.[9 10] Diesen sind die den Rentenbanken und dem Domänenfiskus zustehenden Ablösungsrenten gleichgestellt.[11]

Im Einzelnen ist Vieles zweifelhaft:

1. Wer ist nach dem Gesetze als Dritter zu betrachten? Wir nehmen an, eine jede Person, welche vermittelst eines speciellen Titels gegen Entgelt[12] an dem Grundstück Rechte erworben hat, ohne die Belastung besonders zu übernehmen, wie auch deren Nachfolger. Das nicht eingetragene Recht kann dagegen zweifelsohne geltend gemacht werden gegen denjenigen, gegen welchen es entstanden ist oder der es übernommen hat, ferner gegen dessen Erben. Aber auch solche Personen werden nicht als Dritte im Sinne des Gesetzes anzusehen sein, welche sich ohne alles eigne Recht im Besitz der Sache befinden, so daß z. B. auch der nicht eingetragene Nießbraucher mit der konfessorischen Klage gegen den schlechtgläubigen Besitzer durchdringt.

2. Nichteingetragne, auf privatrechtlichem Titel beruhende dingliche Rechte können nach Wort und Sinn des Eigenthumsgesetzes gegen dritte Erwerber des Grundstücks oder eines kollidirenden dinglichen Rechts auch dann nicht geltend gemacht werden, wenn dieselben in Kenntniß des Bestehens jener nicht eingetragnen Rechte erwarben. Denn es bestimmt das

---

Verjährung begründet werden können. Die Existenz andrer Servituten kommt wenigstens für den Realkredit nicht sehr in Betracht, während sie freilich für den Erwerber des Eigenthums, man denke an die Verbindlichkeit, nicht zu bauen, von Erheblichkeit sein kann.

8) Dies betrifft die §§. 8 und 142 des Berggesetzes erwähnten Rechte.

9) §. 47 und 49 der Konkursordnung vom 8. Mai 1855. G. B. O. §. 11.

10) Bei Förster Grundbuchrecht S. 111 ff. wird die Frage erörtert, ob die Erbstollengerechtigkeit, die Freikuxe und die Zehntrechte bei Privatregalen (§§. 223. 224. 250 des Berggesetzes) der Eintragung bedürfen, wenn sie vor Gültigkeit des neuen Bergrechts bestanden. Die Erbstollengerechtigkeit ist ein selbständiges Bergwerkseigenthum, welches als solches ein besondres Blatt im Grundbuche erhalten muß, den Regeln dinglicher Belastung fremden Bergwerkseigenthums aber nicht untersteht. Die Freikuxe sind Reallasten (Berggesetz §. 224), welche zu den gemeinen Lasten des Bergwerkseigenthums gehörten. Daß sie fortan nach der neuen Gesetzgebung nicht mehr entstehen, kann ihnen ihren ursprünglichen Charakter nicht nehmen, so daß sie der Eintragung nicht bedürfen. Was die Privatzehntrechte anlangt, so wird sich nach den besonderen Verhältnissen des Falles entscheiden, ob sie als gemeine Last anzusehen sind oder auf einem privatrechtlichen Titel beruhen.

11) Gesetz vom 2. März 1850 über die Errichtung von Rentenbanken §§. 18. 64. Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 12 Abs. 3. Vgl. oben §. 210 Anm. 9.

12) Dies wird nach Analogie des Gesetzes §. 9 des E. G. anzunehmen sein. Die Sache ist aber fraglich.

Digitized by Google

Eigenthumsgesetz im §. 12 ausdrücklich, daß solche dingliche Rechte Rechtswirkung gegen Dritte nur durch Eintragung erlangen.[13]

Andrerseits erklärt jenes Gesetz in dem unmittelbar vorhergehenden §. 11, daß Beschränkungen des Eigenthums an dem Grundstücke Rechtswirkung gegen Dritte nur erlangen, wenn diese die Beschränkung gekannt haben oder letztere im Grundbuch eingetragen sind. Beschränkungen des Eigenthums sind aber die dinglichen Belastungen sämmtlich. Nach der Seite des Berechtigten erscheint dasselbe Recht als dingliche Befugniß, welches nach der Seite des belasteten Eigenthümers als Beschränkung anzusehen ist.[14] Der Widerspruch[15] mag sich ausgleichen, wenn wir den §. 11 des Gesetzes ausschließlich auf solche Beschränkungen von negativer Bedeutung beziehen, bei welchen das Recht des Eigenthümers primär und nicht bloß in Folge des positiven Rechts einer bestimmten Person eingeschränkt ist. So wenn ein Erblasser die ihm zugehörigen Objekte, welche er einem Erben oder Vermächtnißnehmer zudenkt, mit einem Veräußerungsverbot belegt, sei es im eignen Interesse des Honorirten, sei es auch behufs allgemeiner von ihm verfolgter Zwecke.[16]

3. Eine Uebergangsbestimmung stellte fest, daß auch die vor dem Inkrafttreten der Gesetze vom 5. Mai 1872 begründeten dinglichen Rechte, vom 1. Oktober 1873 an der Wirksamkeit gegen Dritte entbehren, wenn sie zur Zeit des Erwerbs des Dritten nicht eingetragen oder wenigstens vor-

---

13) Vgl. §. 15 des E. G. vom 5. Mai 1872. „Der Erwerb des eingetragnen dinglichen Rechts wird dadurch nicht gehindert, daß der Erwerber das ältere Recht eines Andern auf Eintragung eines widerstreitenden dinglichen Rechts gekannt hat, oder daß sich Letzterer bereits in der Ausübung dieses Rechts befindet." Neben den beiden vom Gesetze allein erwähnten Fällen liegt freilich noch der gerade vorzugsweise relevante, in welchem der Erwerber wußte, daß sich der Andere in der Ausübung des Rechts befand. Für diesen Fall aber giebt das Gesetz keine Antwort. Vgl. ferner §. 73 der G. B. O.

14) Oben §. 274. Vergl. L. R. I, 19. §. 6. Doch spricht das L. R. I, 19. §§. 1. 14 auch „von Einschränkungen und Belastungen."

15) Der Keim zu dieser Zwiespältigkeit liegt bereits im Regierungsentwurf, wo im §. 11 von den „Beschränkungen des Eigenthums" und im §. 12 von den „dinglichen Rechten" gesprochen wird, als handle es sich um schlechthin Verschiedenes. Dies wurde denn im Laufe der Landtagsberathung weiter entwickelt. — An einer andern Stelle des Gesetzes (G. B. O.) ist von „Beschränkungen des Verfügungsrechtes neben den dinglichen Rechten" die Rede. Dagegen handelt wiederum §. 102 der G. B. O. von „Einschränkungen des Eigenthums oder des Verfügungsrechts."

16) Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. I. S. 392. Förster Grundbuchrecht S. 49 versteht unter den Beschränkungen des Eigenthumsrechts solche, „durch welche dem Eigenthümer die freie Verfügung über das Grundstück entzogen ist, also Veräußerungsverbote, fideikommissarische Substitutionen, Lehnseigenschaft, Familienfideikommisse." Das O. Trib. rechnet Resolutivbedingungen hierher. Eine sichere Grenze wird wissenschaftlich kaum zu gewinnen sein.

Digitized by Google

gemerkt waren.[18] Es gilt dies selbstverständlich nur dann und nur soweit, als die entsprechenden Rechte auch im Fall ihrer Begründung unter der Herrschaft der jetzt geltenden Gesetze zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedürfen.[19]

4. Fraglich ist, welche Bedeutung die Bestimmungen des neuen Grundbuchrechts haben, wenn über das belastete Grundstück ein Grundbuchblatt noch nicht angelegt ist. Um die Wirksamkeit gegen Dritte zu sichern, wird der Erwerber des dinglichen Rechts dasselbe nach Analogie der s. g. Rekognitionshypotheken gerichtlich anzumelden haben.[20]

§. 276. Die Löschung.

Die Bedingung der in der zweiten Abtheilung des Grundbuchblattes eingetragenen dinglichen Rechte wird für Dritte, die von derselben keine Kenntniß hatten, erst wirksam, wenn sie durch eine sogenannte Löschung im Grundbuche bekundet ist.[1] Die Löschung verlautbart also nur die Beendigung dieser Rechte; einen selbständigen Tilgungsgrund bildet sie nicht. Vielmehr ist zur Rechtsgültigkeit der Löschung erforderlich, daß sie in einem materiellen Endigungsgrunde ihre Rechtfertigung hat, z. B. in dem Aufhören der väterlichen Gewalt beim Nießbrauch des Hausvaters, oder in einem Verzicht, dem Herankommen des Endtermins, einer auflösenden Bedingung.

---

18) G. B. O. §. 73. Der Verlust des Rechts tritt ein, wenn ein Dritter nach dem 1. Oktober 1873 erwarb. Es genügte nicht, daß Jemand zwischen dem 1. Oktober des Jahres 1872 und dem des Jahres 1873 das Eigenthum des belasteten Grundstücks erlangte und daß die Eintragung vor dem 1. Oktober 1873 unterblieb. Plenarbeschluß des Obertribunals vom 6. December 1875. Präjudiz 2779. Entsch. Bd. 76 S. 1 ff. — Unter denjenigen, welche vor dem 1. Oktober 1873 Rechte erlangten, entscheiden über die Priorität lediglich die Grundsätze des alten Rechts, auch wenn der nachstehende vor dem ihm gegenüber prioritätisch Berechtigten die Eintragung erlangte. Rintelen Einfluß neuer Gesetze S. 156.

19) G. B. O. §. 73 hat dies freilich nicht entsprechend formulirt. Nach allgemeinen Grundsätzen kann aber hierüber kein Zweifel sein. Es bezieht sich dies auf die im E. G. §. 11 gedachten Eigenthumsbeschränkungen, wie auf die im §. 12 Abs. 2 desselben hervorgehobenen Ausnahmen. Vergl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 395.

20) G. B. O. §. 140. Dernburg und Hinrichs Bd. 1 S. 224.

1) Das Gesetz über den E. E. §. 12 bestimmt: „Dingliche Rechte an Grundstücken erlangen gegen Dritte nur durch Eintragung Wirksamkeit und verlieren dieselbe durch Löschung." Die Löschung wird also nicht als für die Beendigung unentbehrlich bezeichnet, die materiellen Gründe der Erlöschung behalten ihre Kraft auch für Dritte, sofern nicht der öffentliche Glaube des Buchs widerstreitet. Anders stehen auch hier Hypotheken und Grundschulden, welche nach §. 57 des Gesetzes über den Erwerb des Eigenthums „nur durch Löschung im Grundbuche aufgehoben" werden sollen. Es werden z. B. Rückstände eines noch eingetragnen Altentheils in der Subhastation nicht liquidirt, wenn der Berechtigte erweislich todt ist, eingetragne Hypotheken werden stets liquidirt.

Digitized by Google

Erfolgte eine sogenannte ungehörige Löschung, d. h. eine solche, welcher die materielle Grundlage fehlt, so kann allerdings das gelöschte Recht demjenigen gegenüber nicht geltend gemacht werden, welcher in Unkenntniß jenes Fehlers ein Recht an jenem Grundstück nach der Löschung erwarb, da ihn sein guter Glaube deckt. Dagegen verbessert die ungehörige Löschung die Rechtsstellung derer nicht, welche bereits vorher Rechte an dem Grundstücke hatten. Ebensowenig können sich diejenigen auf die ungehörige Löschung berufen, welche späterhin Rechte am Grundstück in Kenntniß des Fehlens der Unterlagen der Löschung erwarben.[2]

Die Löschung erfolgt auf Antrag des eingetragenen Eigenthümers. Derselbe muß die Bewilligung des Berechtigten beibringen, oder ein Erkenntniß, welches dieselbe ersetzt.[3] Auch auf Ersuchen einer zuständigen Behörde hat die Löschung zu erfolgen.

Persönliche unvererbliche Einschränkungen des Eigenthümers oder des Verfügungsrechtes werden auf Antrag des Eigenthümers des Grundstücks auch ohne Bewilligung des Erben des Berechtigten schon dann gelöscht, wenn der Tod des Berechtigten dem Grundbuchamte nachgewiesen wird.[4] Doch kann die Löschung bei denjenigen Rechten, bei welchen die Möglichkeit von Rückständen besteht, insbesondere bei Altentheilen, Nießbrauchsrechten und ähnlichen auf Lebenszeit bedungenen Leistungen ohne Bewilligung des Erben nur erfolgen, wenn seit dem Todestage ein Jahr abgelaufen ist, ohne daß eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechts eingetragen wurde.[5]

---

2) G. B. O. §. 118.

3) G. B. O. §. 92 ff.

4) Die Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 §§. 33 und 34 hatte ähnliche Bestimmungen getroffen. Sie führte hierbei auf einmal unter 1) Einschränkungen des Eigenthums oder der Dispositionen und dann unter 2) und 3) Vorkaufs- und Wiederkaufsrechte, Wohnungsrechte, Altentheile, Leibrenten. — Im Anschluß hieran lautete die Regierungsvorlage der Grundbuchordnung „persönliche, unvererbliche Einschränkungen des Eigenthums oder des Verfügungsrechtes, sowie Rechte, deren Dauer durch das Leben des Berechtigten bedingt ist, werden gelöscht, wenn der Tod des Berechtigten nachgewiesen ist.“ Die Kommission des Herrenhauses hat jedoch die Worte „Rechte, deren Dauer durch das Leben des Berechtigten bedingt ist“ gestrichen und nur die persönlichen unvererblichen Einschränkungen des Eigenthums oder des Verfügungsrechtes stehen lassen. Förster Grundbuchrecht S. 115 meint, hierunter könnten Wohnungsrechte, Altentheile, Verpflegungsrechte, Leibrenten unmöglich verstanden werden, es habe daher der Beschluß des Herrenhauses in die G. B. O. eine Lücke gerissen, die nirgends ausgefüllt worden sei. Wir sind entgegengesetzter Ansicht. Wir sehen in den benannten Rechten, wie in dinglichen Rechten jeder Art, Einschränkungen des Eigenthums.

5) G. B. O. §. 102. Die Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 §. 34 hatte die Löschung von dinglichen Rechten ohne Quittung des Erben verstattet, wenn fünf Jahre seit dem Todestage des Berechtigten abgelaufen waren. Vgl. das Verjährungsgesetz vom 31. März 1838 §§. 2 und 5 Nr. 3. Der Regierungsentwurf der Grundbuchordnung von 1869 hingegen wollte die Löschung von dem Tode des Berechtigten

Digitized by Google

§. 277 Die Konfessorienklage.[1]

Die Konfessorienklage, bei den Römern ausschließlich zum Schutze der Servituten bestimmt,[2] ist bei den Neueren ein genereller Name für die Klagen aus Rechten an Sachen mit Ausnahme der Pfandrechtsklage geworden. Natürlich hat sie aber nach der Verschiedenheit des zu Grunde liegenden Rechts verschiedenen Inhalt und Gestaltung, wie dies die Betrachtung des Einzelnen ergeben wird.

1. Bei der Einklagung subjektiv dinglicher Rechte kommt die aktive Klaglegitimation besonders in Frage. Legitimirt ist nicht bloß, wie im römischen Rechte, der Eigenthümer,[3] sondern auch der vollständige Besitzer der herrschenden Sache.[4] Es genügt nach dem neuen Grundbuchrechte auch zur Legitimation, daß Kläger als Eigenthümer des herrschenden Gegenstandes eingetragen sei;[5] erforderlich ist dagegen die Eintragung als Eigenthümer zur Geltendmachung der dinglichen Rechte eines Grundstückes keineswegs. Ein Einzelner der Miteigenthümer der herrschenden Sache ist klagberechtigt.[6] Nicht weniger haben die an der herrschenden Sache dinglich

---

abhängig machen, ohne den Ablauf einer Frist abzuwarten. Er beabsichtigte damit den Ansprüchen der Erben auf Rückstände die reale Kraft zu nehmen, um namentlich die oft widerwärtigen Processe der Erben der Altsitzer möglichst abzuschneiden. Hiermit waren jedoch die Häuser des Landtags nicht einverstanden, namentlich auch um deswillen, weil vielfach die Altsitzer durch schlechte Behandlung aus ihrem Altsitze fortgetrieben und durch Dritte in der Erwartung ernährt würden, daß ihnen für die Aufwendung aus den Altentheilsrückständen Ersatz würde. Mit dem Wegfall der Realsicherheit nach dem Tode des Berechtigten werde diese Erwartung prekär werden. Dagegen ziehe die fünfjährige Frist die Sache zum Nachtheil des Realkredits zu lange hin. So entstand die jetzige Fassung des Gesetzes.

1) Franklin bei Gruchot Bd. 5 S. 41 ff. Gruchot ebendaselbst Bd. 9 S. 163 ff. Vgl. Glück IX. S. 423 ff. X. S. 230 ff. Elvers Servituten §§. 76. 77.

2) l. 2 pr. D. si serv. vind. 8, 5: de servitutibus in rem actiones competunt nobis tam confessoria, quam negatoria.

3) l. 2 §. 1 D. si serv. vind. 8, 5: haec autem in rem actio confessoria nulli alii, quam domino fundi competit. l. 6 §. 3 D. eod. Daß auch der redliche Erwerber des herrschenden Grundstückes zur Anstellung der konfessorischen Klage in Rom berechtigt war, behaupten viele Neuere — z. B. schon die Glosse zu l. 2 §. 1 D. si serv. vind. 8, 5 gl. potest. Glück Bd. X S. 228 Anm. 10. Ihering Abh. S. 107. Windscheid I §. 217 Anm. 7 — doch ohne Anhalt in den Quellen. Der Satz beruht auf der Weiterentwicklung des römischen Rechts durch die gemeinrechtliche Wissenschaft.

4) Vgl. oben §. 156 Anm. 4 und 5.

5) Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 §. 7. Besitz des herrschenden Grundstücks ist nicht erfordert. Anders Elvers Servituten S. 801.

6) l. 4 §. 3 D. si serv. vind. 8. 5. Entsch. des O. Trib. Bd. 71 S. 152. Vgl. oben §. 223 Anm. 9.

Digitized by Google

Berechtigten, z. B. Nießbraucher,[7] Pächter ein Klagrecht, soweit dies im Interesse der Unversehrtheit ihrer dinglichen Rechte liegt.[8 9]

2. Die römische Konfessorienklage hatte einen absoluten Charakter, wonach sie nicht bloß gegen den Eigenthümer der dienenden Sache, sondern ebensosehr gegen jeden Dritten zuständig war, welcher dem dinglichen Recht des Klägers entgegentritt.[10] Von dieser Regel bestehen bei uns wichtige Ausnahmen.[11]

a) Vor Allem bei Reallasten und reallastähnlichen Verbindlichkeiten, welche dem jeweiligen Eigenthumsbesitzer der belasteten Sache obliegen und allein gegen ihn einklagbar sind.[12] Eine besondere Stellung hat die Zehntpflicht. Sie belastet den an der dienenden Sache Nutzungsberechtigten, kann also auch gegen den etwaigen Nießbraucher und Pächter unmittelbar eingeklagt werden.[13]

b) Das Landrecht bestimmt, daß ein Rechtsstreit, mittels dessen die Richtigkeit eines dinglichen Rechts auf die Substanz einer fremden Sache

---

7) Die herrschende Meinung der römischen Juristen formulirt l. 1 pr. D. si ususfr. pet. 7, 6 si fundo fructuario servitus debeatur, Marcellus . . sententiam probat existimantium, servitutem quidem eum vindicare non posse, verum usumfructum vindicaturum: ac per hoc vicinum, si non patiatur eum ire, agere, teneri ei. Vgl. Dernburg Pfandrecht II S. 389 ff. Ihering Abh. S. 124 ff.

8) Der Antrag des Nießbrauchers wird also dahin zu formuliren sein, daß dem in dem Nießbrauch des Klägers stehenden Gute A eine Weidegerechtigkeit an dem Gute B zustehe und daß Verklagter eine Störung der Benutzung derselben durch den Kläger zu unterlassen habe. Das Erkenntniß gegen den Nießbraucher schadet dem Eigenthümer nur, wenn er beim Proceß betheiligt war, dagegen kann er sich auf dasselbe berufen, wenn es zu seinen Gunsten lautete. arg. L. R. I, 21 §. 98.

9) Nicht klagberechtigt ist, wer bloß ein Interesse an der Ungestörtheit der Servitut, nicht aber ein Recht auf dieselbe hat. Wenn z. B. dem A eine Aussichtsgerechtigkeit zusteht, welche auch dem B freie Aussicht verschafft, kann B dieses Recht nur im Namen des A und in dessen Vollmacht vertheidigen. Vgl. Koch Proceßpraxis I S. 257.

10) Eigenthümlich Böcking Pand. II §. 160 not. 8. Siehe l. 10 §. 1 D. si serv. vind. 8, 5: agi hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur vel per cuius fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicunque aquam ducere impediunt, exemplo caeterarum servitutum.

11) Förster P. R. Bd. 1 §. 184 nimmt an, nur gegen den Eigenthümer habe der Berechtigte die konfessorische Klage, gegen Dritte aber bei uns eine vindicatio iuris oder eine negatoria, da bei uns auch Rechte Gegenstand des Eigenthums und des Besitzes seien. Allein ein Analogon der Eigenthumsklage tritt nur ein, wenn die Existenz des Rechts feststeht und es sich nur fragt, wer der Berechtigte ist. Die konfessorische Klage ist stets da gegeben, wo die Existenz der Berechtigung zur Anerkennung gebracht werden soll, sei es gegen den Eigenthümer der dienenden Sache oder einen Dritten.

12) Vgl. unten §. 308. Aehnlich die Römer bei der servitus oneris ferendi l. 6 §. 3 D. si serv. vind. 8, 5 haec actio non alii competit quam domino aedium et adversus dominum. l. 1 §. 1 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

13) Vgl. Gerber P. R. §. 190 Anm. 4. Entsch. d. O. Trib. Bd. 14 S. 33.

Digitized by Google

ausgemittelt werden soll, nur mit dem Eigenthümer oder dem vollständigen Besitzer derselben verhandelt werden könne.[14] Die Tragweite dieser Vorschrift ist nicht unbestritten. In dem vorhergehenden Satze werden die Rechte an Sachen in solche eingetheilt, welche den Eigenthümer in seiner Verfügung über die Substanz, und in solche, welche ihn in dem Gebrauch und in der Nutzung seiner Sache einschränken. Demnach beabsichtigt das Gesetz, indem es im Anschluß hieran von Streitigkeiten über die Rechte auf die Substanz handelt, nur die Rechte der ersten Kategorie, z. B. Vorkaufsrechte, Pfandrechte zu treffen. Dingliche Nutzungsrechte können also Jedem gegenüber unmittelbar geltend gemacht werden, welcher sie stört oder bedroht.[15]

3. Die konfessorische Klage ist auch zuständig, wenn der Kläger im Besitze seines Rechts ist. Veranlassung derselben kann eine thatsächliche Störung bilden, sei dieselbe nun eine totale oder partielle, vorausgesetzt, daß sie die fortgesetzte Ausübung des Rechts gefährdet, aber auch die bloße Nichtanerkennung des Rechts, welche eine solche Gefährdung nach sich ziehen kann, rechtfertigt die Klage.[16]

4. Das Klagpetitum geht allgemein auf richterliche Anerkennung des behaupteten dinglichen Rechts in den vom Kläger angesprochenen Grenzen. Die praktische Folge aber, welche sich hieran knüpft, ist nach der Besonderheit des geltend gemachten Rechts und der besonderen Sachlage verschieden, bald Einräumung des Besitzes, bald Wegräumung von Hindernissen und störenden Anlagen,[17] bald — bei Reallasten — Verurtheilung zu der Leistung, welche den Gegenstand des Rechts bildete. Auch wird vielfach das Verbot künftiger Störung bei Exekutivstrafe Zweck der Klage sein; unter Umständen hat der Verklagte Sicherstellung zu leisten.[18] Die Verurtheilung wegen der vorenthaltenen oder entgangenen Nutzungen[19] richtet sich nach denselben Grundsätzen wie bei der Eigenthumsklage, so daß zwischen dem bös-

14) L. R. I, 19 §. 10. Die Bestimmung findet sich mit geringer Abweichung im Wortlaute bereits im Entwurfe von 1787 II 3. 18 §. 10.

15) Das O. Trib. bei Striethorst Bd. 93 S. 289 bezieht L. R. I, 19 §. 10 auf dingliche Rechte jeder Art, entnimmt aus demselben aber nur den selbstverständlichen Satz, daß ein Proceß gegen den Störer für den nicht zugezogenen Eigenthümer keine Rechtskraft mache.

16) Erforderlich ist also, daß nach der Sachlage die richterliche Anerkennung der Servitut gegenüber dem Beklagten ein rechtliches Interesse für den Kläger habe. Seuffert Archiv I 324, XI 126. Arndts Pandekten §. 191 ff. Dagegen Windscheid I, §. 217.

17) l. 4 §. 5 D. si serv. vind. 8, 5. Diese Beseitigung hat durch den Kläger zu geschehen, wenn den Verklagten keine Schuld der Störung trifft, war dieser in Schuld, so muß sie durch ihn oder doch auf seine Kosten erfolgen.

18) Ueber römisches Recht l. 7 D. si serv. vind. 8, 5. Vergl. A. G. O. I, 24 §. 54.

19) l. 4 §. 2. l. 6 §. 6 D. si serv. vind. 8, 5. l. 5 §. 3 D. si ususfr. pet. 7, 6.

Digitized by Google

gläubigen und dem gutgläubigen Verklagten zu unterscheiden ist. Auch ist nach Maßgabe der Verschuldung des Verklagten sonstiger Schadenersatz zu gewähren.[20]

Zweiter Titel.

Der Nießbrauch.[1]

§. 278. Eigentlicher, uneigentlicher Nießbrauch.

Das Institut des Nießbrauchs, d. h. des an eine bestimmte Person geknüpften Rechts auf die volle mit der Unversehrtheit der Substanz vereinbarte Nutzung einer fremden Sache,[2] beruht darauf, daß die menschliche Wirthschaft die Substanz und den Ertrag nutzbarer Objekte als besondere Güter unterscheidet. Diese Unterscheidung, bei fruchttragenden Grundstücken gleichsam greifbar, wurde von den Römern bei körperlichen Sachen jeder Art gemacht, welche sich nicht durch den Gebrauch aufbrauchen.[3] Die Neueren gaben dem Gedanken weitere Folge auch bei gewissen unkörperlichen Objekten. Sie erkennen namentlich einen wahren Nießbrauch an bei selbständigen Gerechtigkeiten, wie Zoll- und Fischereigerechtigkeiten, Apotheken, Schiffsmühlen, ja selbst bei zinsbaren Forderungen.

Die Zwecke des Nießbrauchs sind im Wesentlichen auch dadurch erreichbar, daß der Nutznießer Eigenthum erhält,[4] daß aber dem bisherigen Proprietar und seinen Erben die Rückgabe des Kapitals, sei es durch Leistung von gleichartigen Objekten, sei es in einer bestimmten Geldsumme, zu Ende der Nutzungszeit gesichert wird.[5] Diese Weise des Nießbrauchs ist die allein-

20) oben §. 246 unter 4.

1) S. R. I, 21 §§. 22—186. Grävell die Lehre vom Nießbrauch nach pr. Rechte 1820. — Tit. Inst. de usufructu 2, 4. Tit. D. de usufructu 7, 1 u. ff. Cod. de usufructu 3, 33. Glück Bd. IX S. 157 ff. Elvers Servituten §. 50 ff. Bäcking Pand. II §. 163 ff. Windscheid I. §. 203 ff. Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch, eine nicht im Buchhandel verbreitete Inauguralschrift, München 1864.

2) pr. J. de usufructu 2, 4 ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. l. 7 D. de usufr. 7, 1 omnis fructus rei ad fructuarium pertinet.

3) l. 3 §. 1 D. de usufructu 7, 1. Selbst der Nießbrauch an Kunstwerken, z. B. Gemälden, gilt als möglich. l. 41 pr. D. eod. Auch zu einem bloß ideellen Theile ist Bestellung des Nießbrauchs zulässig. l. 5 D. de usufr. 7, 1.

4) Die römischen Juristen führen die Entstehung dieses Instituts auf ein Senatskonsult zurück, welches das bisher als ungültig erachtete Vermächtniß des Nießbrauchs an verbrauchbaren Sachen in dieser Form aufrecht erhielt. l. 1 D. de usufr. earum rerum 7, 5. Ulp. fragm. XXIV, 27. cf. Cicero Topica 3. Vgl. Held, die Lehre vom ususfructus S. 21 ff. Bürkel S. 25 ff.

5) An sich sind Objekte gleicher Qualität und Quantität zu restituiren. L. R. I, 21 §. 173. Nach römischem Rechte konnte jedoch jeder Theil eine Schätzung der

Digitized by Google

mögliche bei denjenigen Objekten, welche sich nothwendigerweise in Folge ihres bestimmungsmäßigen Gebrauchs unmittelbar aufbrauchen, z. B. bei Waarenvorräthen, Geld, Banknoten. Sie ist aber nach dem Willen der Parteien auch an solchen Objekten statthaft, welche an sich des eigentlichen Nießbrauchs fähig wären.[6] Namentlich kommt sie nicht selten vor bei Sachen, welche sich zwar nicht unmittelbar durch den Gebrauch verzehren, sich aber voraussichtlich im Falle ordnungsmäßigen Gebrauchs vor Ablauf der Nießbrauchzeit wesentlich abnutzen und verschlechtern würden. Die Theorie bezeichnet dieses Verhältniß als uneigentlichen Nießbrauch[7] — Quasiusufrukt —; das Landrecht selbst gebraucht den Ausdruck Nießbrauch ununterschieden.[8]

Im Falle des eigentlichen Nießbrauchs bleibt das Eigenthumsrecht soweit wirksam, als dies mit dem Nutzungsrechte verträglich ist. Der Eigenthümer behält Besitz neben dem unvollständigen Besitze des Nießbrauchers.[9] Er hat das Recht, dem Mißbrauch des Nießbrauchs entgegenzutreten. Auch ist er befugt, die Sache unbeschadet des Nießbrauchs zu veräußern und zu verpfänden, ferner mit solchen Servituten — z. B. der Belastung, nicht zu bauen — zu beschweren, welche den Nießbrauch nicht schmälern. Rechte, welche die Benutzung beeinträchtigen, kann der Eigenthümer dagegen für die Dauer des Nießbrauchs nur mit Zustimmung des Nießbrauchers bewilligen.[10]

Natürlich trägt der Eigenthümer bei dem eigentlichen Nießbrauche die Gefahr zufälligen Untergangs oder Verschlechterung der Nießbrauchsache. Dagegen geht bei dem uneigentlichen Nießbrauche mit dem vollen Verfügungsrechte auch die Gefahr auf den Nutznießer über.

Nießbrauchsobjekte fordern, so daß dann die Schätzungssumme zu restituiren war. l. 7. D. de usufr. earum rerum 7, 5. §. 2. J. de usufr. 2, 4. Bürkel a. a. O. S. 43. Man darf Gleiches auch bei uns annehmen. L. R. I, 21 §. 175 steht nicht entgegen, da hier nur die an sich eintretende Wirkung bezeichnet wird.

6) Zutreffende Beispiele führt an Bürkel a. a. O. S. 8 ff., welcher freilich die Benennung des uneigentlichen Nießbrauchs für diesen Fall verwirft. Der Nießbrauch an Vieh, regelmäßig ein eigentlicher, wird z. B. zum uneigentlichen, wenn es sich um Mastvieh handelt. Wenn ein Maler seiner mittellosen Wittwe den Nießbrauch seines Vermögens hinterläßt, wird dieser an den hinterlassenen Gemälden ein uneigentlicher sein. Für Kleider setzt auch Ulpian voraus, daß beide Weisen je nach der Absicht des Erblassers oder nach der Uebereinkunft möglich sind. l. 15 §. 4 D. de usufructu 7, 1. Doch giebt es Kleidungsstücke, die allerdings nur des uneigentlichen Nießbrauchs fähig sind, z. B. bei uns Papierkragen. Auf dergleichen Dinge ließe sich §. 2 J. de usufr. 2, 1 beziehen. Vgl. oben §. 65 Anm. 1.

7) Nach §. 2 J. de usufr. 2, 4. l. 2 §. 1. D. de usu earum rerum 7, 5.

8) L. R. I, 21 §. 173.

9) L. R. I, 21 §§. 99. 100. Vgl. auch l. 16 §. 1 D. de usu 7, 8.

10) Anders l. 15 §. 7 D. de usufr. 7, 1 proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest. Vgl. aber Windscheid I, §. 203 Anm. 18.

Digitized by Google

§. 279. Entstehung des Nießbrauchs.

Gründe der Entstehung des Nießbrauchs sind freiwillige Bestellung, Verjährung, Gesetz.

1) Freiwillige Bestellung erfolgt am häufigsten durch Vermächtniß.[1] Doch kommt auch Begründung durch Vertrag unter Lebenden, besonders in Folge eines Vorbehalts bei der Sachveräußerung vor.[2] Der Erwerb vollendet sich durch die Besitzübertragung.[3] Die Tradition kann bei Grundstücken durch die Eintragung im Grundbuche ersetzt werden.[4]

2) Auch durch Verjährung ist der Erwerb eines Nießbrauchs und zwar nach den allgemeinen Grundsätzen des Verjährungsrechtes möglich.[5]

3) Endlich entsteht nicht selten der Nießbrauch verbunden mit dem Rechte freier Verwaltung unmittelbar auf Grund des Gesetzes nach dem Vorbilde des römischen Rechtes der christlichen Kaiserzeit. Ueberwiegend hat der gesetzliche Nießbrauch seinen Grund in familienrechtlichen Verhältnissen; wie namentlich das Recht des Ehemanns an dem nichtfreien Vermögen seiner Frau und das des Vaters an dem Vermögen seiner gewaltuntergebenen Kinder.[6] Außerdem gebührt dem Pfarrer von Rechtswegen Nießbrauch und Verwaltung der Pfarrgüter.[7] In wichtigen Punkten unterliegt der gesetzliche Nießbrauch besonderen von den allgemeinen Grundsätzen abweichenden Bestimmungen.

Ein unmittelbarer Erwerb des Nießbrauchs durch richterliche Adjudikation auf Grund einer Theilungsklage, wie ihn das römische Recht kennt,[8] findet sich bei uns nicht.

---

1) Der Nießbrauch hat auch historisch in Rom seinen Ursprung im Vermächtniß. Zeuge hiervon ist das prätorische Edikt über die cautio usufructuaria, wonach dieselbe gefordert wurde: si cuius rei usufructus legatus sit. l. 1 pr. D. usufr. quemadmodum 7, 9.

2) l. 32 D. de usufr. 7, 1.

3) L. R. I, 21. §. 2 bestimmt: „soweit der Berechtigte sich im wirklichen Besitze der zu nutzenden Sache befindet, hat seine Befugniß die Eigenschaft eines dinglichen Rechts." Die Ansicht mancher älterer Schriftsteller — z. B. Rinteln in Kamptz Jahrbüchern Bd. 30 S. 105 ff. — welche annahmen, daß der Besitz nicht nur zur Erwerbung, sondern auch zur „Fortdauer" des dinglichen Rechts nothwendig sei, wird mit Recht neuerdings überwiegend zurückgewiesen. Vgl. u. A. Koch P. R. I, §. 317. — Nach römischem Rechte entstand der vermachte Nießbrauch anerkanntermaßen unmittelbar mit dem Erbschaftsantritt; aber auch der vertragsmäßig bewilligte richtiger Ansicht nach durch bloßen Vertrag — pactionibus et stipulationibus, §. 1 J. de usufr. 2, 4. Siehe noch unten §. 296.

4) L. R. I, 21. §. 4.

5) Ueber die römischen Grundsätze siehe unten bei den Grundgerechtigkeiten.

6) L. R. II, 1. §. 614 ff. L. R. II, 2. §. 168 ff.

7) L. R. II, 11. §. 778.

8) cf. l. 6 §. 1 D. de usufr. 7, 1. l. 16 §. 1 D. fam. erc. 10, 2. l. 6 §. 10 D. comm. div. 10, 3.

Digitized by Google

Die Bestimmung des neuen Grundbuchrechts, wonach dingliche Rechte an Grundstücken, welche auf das Belastungsblatt gehören, nur durch Eintragung Wirksamkeit gegen Dritte gewinnen, hat, wie wir sahen, auch für den Nießbrauch, selbst den gesetzlichen, Geltung;[9] der Erwerb an sich aber vollzieht sich nach den Grundsätzen des bisherigen Rechts auch an Grundstücken.[10]

Der Nießbrauch kann Mehreren, z. B. zwei Ehegatten, in dem Sinne zugewendet werden, daß Jeder zu dem vollen Nießbrauch berufen ist und daß nur durch die Theilnahme des Andern eine Beschränkung auf einen Theilgenuß eintritt. Ist dies nachweisbar die Absicht des Bestellers gewesen, so wächst nach dem Wegfall des einen Theilhabers das Anrecht des andern auf den vollen Nießbrauch.[11]

§. 280. Beendigung des Nießbrauchs.

1. Der Nießbrauch erlischt, da er nur eine persönliche Versorgung bewirkt, mit dem Tode des Nießbrauchers.[1] Sind die Erben ausdrücklich

---

9) Oben §. 275 Anm. 4.

10) Es gilt dies namentlich auch für den Erwerb durch Verjährung. Es erheben sich in dieser Hinsicht nicht leicht lösbare Fragen, welche allerdings nicht oft praktisch werden. Ersitzt, wer von einem Nichteigenthümer — dem A — zum Nießbrauch erhielt, gegen den B, welcher im Augenblicke der Konstituirung des Nießbrauchs der eingetragene Eigenthümer des Grundstücks war? Es ist dies zu bejahen, denn B ist kein Dritter im Sinne des Gesetzes, sondern derjenige, gegen welchen sich der Rechtserwerb durch Verjährung von Anfang an richtet. Wie aber, wenn B während der Verjährungszeit an C veräußert hat? Läuft dann die Verjährung gegen C fort? Wir werden dies verneinen müssen. Denn der C ist hinsichtlich der gegen den B begonnenen Ersitzung ein Dritter und es kann ihn so wenig das gegen seinen Autor in der Bildung begriffene, wie das gegen diesen vollendete Recht betreffen. Wohl aber kann der Besitzer des Nießbrauchs gegen C einen neuen Ersitzungsbesitz beginnen. A. Anf. Förster Grundbuchrecht S. 109. — Vgl. übrigens L. R. I, 22. §. 24, wo ähnliche Verhältnisse verwandte Sätze hervorriefen.

11) Analog ist die römische Lehre der Akrescenz des vermachten Ususfrukts, wie sie insbesondere Tit. Dig. de usufructu accrescendo 7, 2 entwickelt. Dieselbe beruht gleichfalls darauf, daß der Nießbrauch: in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu divisus est. l. 3 D. cit., daß er also primär Jedem ganz zugedacht war, was bei re und bei re et verbis coniuncti besonders als beabsichtigt galt. l. 1 pr. §. 3. l. 2 D. h. t. Auch die Römer nehmen an, daß das Anwachsungsrecht nicht bloß dann eintrete, wenn der Kollegatar vor dem Erwerb seines Vermächtnisses wegfalle, sondern ebenso, wenn derselbe den bereits erworbenen Nießbrauch verliert, weil ein konkurrirendes Recht beseitigt ist, dessen Inhaber wegfällt, nicht bloß wechselt. l. 1 §. 3 D. cit cum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in solidum. Vgl. oben §. 222 Anm. 2. Fraglich ist hingegen für uns die Geltung des römischen Satzes, wonach die Anwachsung auch demjenigen Kollegatar zu Gute kommt, welcher seinen Antheil des vermachten Nießbrauchs bereits wieder verloren hat, quia ususfructus non portioni sed homini accrescit. l. 33 §. 1 D. de usufr. 7, 1 und a. a. O.

1) Ueber das Recht des Eigenthümers der belasteten Sache, nach dem Tode des Nießbrauchers Löschung des eingetragenen Nießbrauchs zu beantragen, vgl. G. B. O. §. 102, oben §. 276 Anm. 5.

Digitized by Google

zum Nießbrauch mitberufen, so erstreckt sich diese Berufung nach dem Landrecht doch im Zweifel nur auf die nächsten Erben.[2] In Folge der neuen Agrargesetzgebung aber ist die erbliche Bestellung des Nießbrauchs bei Grundstücken überhaupt richtiger Ansicht nach unzulässig geworden.[3 4]

2. Die römischen Juristen beanstandeten die zeitlich unbeschränkte Zuwendung des Nießbrauchs an eine juristische Person, da deren unbegrenzte Dauer eine mit dem Grundgedanken des Instituts nicht vereinbare beständige Entwerthung der Proprietät in Aussicht stelle. Sie ließen daher diese Zuwendung nur auf hundert Jahre gelten, als das längste menschliche Lebensalter.[5] Zur Zeit des Erlasses des Landrechts war hingegen eine dauernde Trennung des Nutzungsrechts von der Proprietät keineswegs etwas Ungewöhnliches. Daher erachtete man damals die Bestellung eines Nießbrauchs von unbegrenzter Dauer zu Gunsten einer juristischen Person nicht für unzulässig.[6] Dennoch wird in einer Gesetzesstelle das einer juristischen Person durch Vermächtniß zugewendete Genußrecht auf funfzig Jahre beschränkt. Es ist dies als eine Auslegungsregel aufzufassen für den Fall, daß eine anderweite Willensmeinung des Testators nicht klar steht.[7]

3. Natürlich erlischt der Nießbrauch durch völligen Untergang des belasteten Objekts. Die römische Jurisprudenz erblickte auch einen Been-

---

2) L. R. I, 21. §. 178 spricht von Erben ersten Grades. Der Gegensatz ist der Erbe des Erben. Die Vorschrift enthält eine Willensinterpretation. Anders stand es nach justinianischem Rechte. Justinian hat nämlich die Streitfrage, ob der Nießbrauch auf die Erben des Nießbrauchers erstreckt werden könne, um den Einwand der dauernden und damit principwidrigen Entwerthung der Proprietät abzuschneiden, gleichsam durch Kompromiß dahin geschlichtet, daß er zwar dem nächsten Erben, aber auch ihm allein zugewendet werden könne. l. 14 C. de usufr. 3, 33. Es liegt hierin zwingendes Recht, nicht bloß, wie bei uns, Interpretation des Willens, da nur hierdurch dem Bedenken der Gegner, daß ususfructus nunquam rediret ad suam proprietatem, die Spitze abgebrochen wird. Anders. Ansicht Windscheid I, §. 215 Anm. 7.

3) §. 91 des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850 bestimmt, bei erblicher Ueberlassung eines Grundstücks ist fortan nur die Uebertragung des vollen Eigenthums zulässig. Damit sollte zunächst nur das getheilte Eigenthum beseitigt werden. Aber die Bestimmung betrifft ihrer Tendenz nach doch wohl auch die dauernde Entziehung des Nutzungsrechts durch einen vererblichen Usufrukt am Grundstück.

4) Der römische Untergang des Nießbrauchs durch capitis deminutio ist begreiflich unserm Rechte fremd. Auch L. R. II, 2. §. 268 beruht auf anderen Gedanken.

5) l. 56 D. de usufr. 7, 1. l. 8 D. de usu leg. 33, 2.

6) L. R. I, 21. §. 172. Vgl. Entwurf des Gesetzbuchs II, 3. 20 §. 89.

7) L. R. I, 12. §. 423. So sucht Suarez selbst — Schlußvorträge in Kamptz Jahrbüchern Bd. 41 S. 64 — die Antinomie zu beseitigen. Andere vereinigen in anderer Weise. Sie beziehen L. R. I, 21. §. 179 auf den vertragsmäßig, L. R. I, 12. §. 423 auf den letztwillig bestellten Nießbrauch. Welcher innere Grund sollte aber dafür bestehen, den letztwillig bestellten Nießbrauch absolut an eine feste Zeitgrenze zu binden, nicht den auf Vertrag beruhenden!

Digitized by Google

digungsgrund in einer wesentlichen Umgestaltung der Sache.[8] Bei uns ist umgekehrt die Erhaltung des Nießbrauchs an der umgewandelten Sache Regel, falls die Zwecke, welche bei der Bestellung walteten, trotz der Umgestaltung irgendwie erreichbar sind.[9] [10]

4. Auch die Konsolidation ist ein Erlöschungsgrund, wenn der Nießbraucher das Eigenthumsrecht aus einem unwiderruflichen Grunde erwirbt.[11]

5. Einseitige Entsagung beendigt das Verhältniß von dem Moment an, in welchem sie zur Kenntniß des Proprietars kommt,[12] die dem Nießbraucher bereits erwachsenden Verpflichtungen hebt sie nicht auf.

6. Der gesetzliche Nießbrauch erlischt in Folge des Aufhörens des Verhältnisses, auf welches er sich gründet, z. B. der Nießbrauch des Ehemannes durch Trennung der Ehe.

7. Bei uns giebt es nicht, wie bei den Römern,[13] eine besondere Art der Beendigung des Ususfrukts und der Grundgerechtigkeiten durch Nichtgebrauch. Vielmehr treten auch in Bezug auf diese Rechte die gewöhnlichen Grundsätze der erlöschenden Verjährung ein.[14]

Der Nießbrauch kann an einem bestimmten Theile der dienenden Sache, ferner auch bloß zu einem ideellen Theile erlöschen. Er ist ein sogenanntes theilbares Recht.[15]

---

8) l. 36 pr. D. de usufr. 7, 1. l. 5 §. 2. l. 10 §. 5. l. 12. l. 23. l. 30. l. 31. D. q. m. u. a. 7, 4. Wir finden hierin eine strikte, dem dinglichen Rechte abgeneigte Wortinterpretation.

9) Ein Nießbrauch, welcher Jemandem an einem See behufs Befischung desselben zugewendet wird, besteht auch bei uns nach dessen Ablassung nicht an den gewonnenen Ackergrundstücken. l. 10 §. 3 D. q. m. u. a. 7, 4. Aber das Abbrennen eines Hauses hebt den Nießbrauch nicht, wie nach römischem Rechte, auf.

10) Auch durch die Verwandlung einer Sache in eine öffentliche erlischt der Nießbrauch, insofern er der neuen Bestimmung der Sache hinderlich ist, dagegen geht er auf das Surrogat über.

11) L. R. I, 21. §. 184. I, 16. §. 482. l. 57 pr. D. de usufructu 7, 1. Nicht anwendbar wäre l. 17 D. q. m. u. a. 7, 4.

12) L. R. I, 21. §. 181. Der Nießbraucher, welchem für gewisse Verbindlichkeiten der Nießbrauch als Aequivalent eingeräumt ist, befreit sich durch dessen Aufgabe an sich nicht von solchen Pflichten. L. R. I, 21. §. 183. — Vgl. l. 48 pr. l. 64. l. 65 pr. D. de usufr. 7, 1 und Windscheid I, §. 215 Anm. 11.

13) §. 3 J. de usufructu 2, 4.

14) Daß die Zufügung eines Endtermins oder einer Resolutivbedingung, welche dem Nießbrauche eine kürzere Frist stecken, als die Lebensdauer des Nießbrauchers, zulässig ist, bedarf keiner Hervorhebung. Besondere Interpretationsregeln für hierhergehörige Dispositionen giebt l. 12 C. de usufructu 3, 33. Ueber die Anwendbarkeit derselben im preußischen Rechte vgl. Pegert, Erklärung der l. 12 C. de usufructu Pasewalk 1859.

15) l. 25 D. q. m. u. a. 7, 4.

Digitized by Google

A. Nießbrauch an körperlichen Sachen.

§. 281. Nutzungsrecht des Nießbrauchers.

Das Nutzungsrecht des Nießbrauchers umfaßt die Nießbrauchsache und deren Zubehör[1] und zwar einmal das bei Beginn des Nießbrauchs Vorhandene, dann das während seines Laufs zum Ersatz des Abgängigen Angeschaffte, endlich auch, was nach Rechtssatz in der Zwischenzeit zur Nießbrauchsache hinzutrat.[2] Der Nießbraucher hat das Recht auf Gebrauch[3] und auf die gewöhnlichen Nutzungen.[4] Demnach fallen ihm zu insbesondere die Früchte im engern Sinne, welche nicht wie in Rom erst durch die Perception,[5] sondern mit ihrer besondern Ausbildung in das Eigenthum des Nießbrauchers kommen,[6] desgleichen Milch, Wolle, Junge, Dünger der im Nießbrauch stehenden Thiere,[7] Honig und Wachs der Bienen, Genuß der Jagd und Fischerei,[8] wie er dem Eigenthümer zusteht. Ferner gehört zur Nutzung das Recht der Einziehung der bürgerlichen Früchte, die während der Nießbrauchzeit verfallen, z. B. von Renten oder Zehnten, die an die Nießbrauchsache geknüpft sind.[9] Auch zur Erhebung der inzwischen fällig werdenden Pacht- und Miethzinse ist der Nießbraucher berechtigt, wogegen er das Recht des Miethers und Pachters anzuerkennen hat. Zur Sicherung der Ansprüche des Nießbrauchers auf Leistungen Dritter ist freilich eine Denunciation an die Pflichtigen erfor-

---

1) L. R. I, 21 §§. 24. 40 ff. l. 15 §. 6. l. 9 §. 7 D. de usufructu 7, 1.

2) Der Nießbrauch am Ufergrundstück erstreckt sich auf dessen Alluvionen, nicht auf die Insel, welche der Eigenthümer nach Uferrecht okkupirt. cf. l. 9 §. 4 D. de usufr. 7, 1. Ebensowenig gewährt der Nießbrauch am Grundstück ein Recht auf die Hälfte des Schatzes, die dem Proprietar zufällt. — Er erfaßt die Bauten auf dem Nießbrauchgrundstücke; dagegen bezieht er sich an sich nicht auf Grundstücke, welche der Proprietar freiwillig der Nießbrauchsache als Pertinenzen im Grundbuche zuschreiben läßt, da die Absicht, dieselben mit der Hauptsache zu einer juristischen Einheit zu verbinden, schlechthin nur für die Zukunft Wirkungen äußern kann. Die Bestimmung des Gesetzes vom 5. Mai 1872 über den Eigenthumserwerb §. 32, nach welcher die einem Grundstücke nach Eintragung der Hypothek oder Grundschuld als Zubehör zugeschriebenen Grundstücke in dessen Pfandverbindlichkeiten eintreten, ist eine besondere, welche auf dingliche Rechte anderer Art, insbesondere den Nießbrauch, keine Anwendung findet.

3) l. 42 pr. D. de usufr. 7, 1. l. 12 §. 1 D. eod.

4) L. R. I, 21 §. 23.

5) cf. l. 12 §. 5 D. de usufr. 7, 1.

6) L. R. I, 9 §. 221. Siehe oben §. 234 Anm. 4.

7) Beim Nießbrauch an einzelnen Thieren gehört Fell und Horn des gefallenen Thieres dem Proprietar, l. 30 D. q. m. u. a. 7, 4, beim Nießbrauch an einer Heerde dem Nutznießer. Elvers Servituten S. 487.

8) l. 9 §. 5 D. de usufr. 7, 1.

9) Vgl. über gemeines Recht Wächter Erört. I S. 75 ff.

Digitized by Google

derlich, da dieselben andernfalls dem Proprietar mit der Wirkung der Befreiung zahlen können.[10] [11]

Von den Früchten des ersten Jahres erwirbt der Nießbraucher begreiflich zu Eigenthum die, welche bei Eintritt des Nießbrauchrechts noch nicht abgesondert waren. Ob aber eine Berechnung mit dem Proprietar und eine verhältnißmäßige Repartition des Gesammtgewinns des erstes Jahres einzutreten hat, wie solche für das letzte Nießbrauchjahr vom Landrecht angeordnet ist, kann zweifelhaft sein. Die überwiegende Meinung der Schriftsteller geht auf analoge Anwendung dieser Bestimmungen,[12] die Praxis ist derselben aber mit Recht nicht geneigt.

Das Nutzungsrecht des Nießbrauchers hat seine Schranke in der Antastung der Substanz. Wo liegt die Grenze? Mit Unrecht sehen Viele das entscheidende Kriterium in der Möglichkeit der physischen Reproduktion des Weggenommenen.[13] Entscheidend ist vielmehr, was nach den Vorstellungen der bürgerlichen Gesellschaft als regelmäßige Nutzung der fraglichen Sache anzusehen ist.[14] Dabei kommt auch in Betracht, welche Bestimmung der Eigenthümer der Sache gegeben hatte:[15] Verringerungen, welche bei einer gewöhnlichen Verwaltung sich nach dem ordentlichen Laufe der Natur binnen Kurzem wieder ersetzen, bilden keinen Substanzverlust.[16]

In welchem Maße kann hienach der Nießbraucher Bodenbestandtheile aus dem Nießbrauchgrundstücke, z. B. Steine, Kalk, Erde, Torf, Ziegelerde

---

10) Dies ist auch dann anzuwenden, wenn der Nießbrauch im Grundbuche eingetragen ist, sofern dem Pflichtigen keine Mittheilung von der Eintragung gemacht ist.

11) Nach den Grundsätzen des römischen Rechts war der Nießbraucher an den Pacht- oder Miethvertrag, welchen der Eigenthümer abgeschlossen hatte, an sich nicht gebunden und umgekehrt auch nicht zur Erhebung des Miethzinses berechtigt. Wächter Erört. I S. 72. Indessen pflegte natürlich der römische Erblasser, welcher einen Nießbrauch vermachte, die an der Nießbrauchsache bestehende Miethe vorzubehalten, indem sonst der Erbe wegen Nichtaushaltung der Miethe dem Miether entschädigungspflichtig geworden wäre. In einem solchen Vorbehalt lag ein doppeltes Vermächtniß, eines zu Gunsten des Miethers und zu Lasten des Nießbrauchers, vermöge dessen dieser den Miether in der Miethe belassen mußte, und ein zweites zu Gunsten des Nießbrauchers, wodurch derselbe ein Recht auf die Miethzinsen erhielt. l. 59 §. 1 D. de usufr. 7, 1; cf. §. 44 Fragm. Vat., wo das „pure relicto" als etwas Ausnahmsweises erscheint.

12) L. R. I, 21 §. 29. Vgl. Koch zu diesem Orte.

13) Nach den Schlußworten der l. 7 §. 13 D. sol. matr. 24, 3. Hingegen vgl. l. 9 §. 2 D. h. t. 7, 1.

14) Vgl. das einleitungsweise §. 280 Bemerkte. Einen vorzugsweise subjektiven Maßstab legt dagegen an Keil über das Dispositionsrecht des Nießbrauchers im Archiv f. c. Pr. Bd. 35 S. 391 — welcher als Princip aufstellt, daß der Usufruktuar den Nießbrauch nur im Sinne des Proprietars ausüben könne.

15) l. 9 §. 7 D. de usufr. 7, 1.

16) So ist L. R. I, 21 §. 31 zu verstehen.

Digitized by Google

für sich gewinnen?[17] Hat der Grundeigenthümer dem Grundstücke bereits die Bestimmung für eine derartige Produktion gegeben, so ist der Nießbraucher zu deren Fortsetzung berechtigt. Neu einrichten oder erweitern darf der Nießbraucher einen solchen Betrieb regelmäßig dann, wenn sich der Kapitalwerth des Grundstücks in Folge dieser Produktion nicht mindert.[18] [19] Zum Bedürfniß des Grundstücks selbst ist er stets zur Entnahme jener Materialien berechtigt.[20] Finden sich in dem Nießbrauchgrundstücke verleihbare bergmännische Produkte, so kann sie der Nießbraucher, wie jeder Dritte, muthen; er wird dann Eigenthümer des Bergwerkes, so daß er zu dessen Restitution an den Grundeigenthümer bei Endigung des Nießbrauchs nicht verpflichtet ist. Legt der Bodeneigenthümer während der Nießbrauchzeit auf die in seinem Grundstücke befindliche Lagerstätte eine Muthung ein, so hat auch der Nießbraucher ihm gegenüber keine größeren Rechte, als gegen jeden dritten Muther.

Besondere Rechtsregeln gelten, wenn der Nießbrauch an einem verliehenen Bergwerke eingeräumt ist. Der Nießbraucher erhält nämlich nur die Zinsen der von demselben aufkommenden Ausbeute, wogegen dem Eigenthümer auch die Leistung einer etwaigen Zubuße obliegt.[21] Dies um deswillen,

---

17) Vgl. H. Graeff Zeitschr. für Bergrecht I S. 579. Schröder Archiv f. c. Pr. Bd. 49 S. 370 ff. S. 385 ff.

18) Vgl. aus dem römischen Recht die l. 9 §. 2. l. 13 §§. 5. 6 D. de usufr. 7, 1. l. 8 D. sol. matr. 24, 3. l. 18 pr. D. de fundo dotali 23, 5, endlich die l. 7 §. 13 D. sol. matr. 24, 3 marmor, quod caesum neque exportatum, est mariti et impensa non est ei praestanda, quia nec in fructu est marmor, nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur. — Daß, wie der Schluß besagt, der gehauene Marmor nicht Frucht sei, scheint dem Gedankengange der Stelle schnurstracks zu widersprechen. Denn warum anders ist der Ehemann befugt, ihn für sich zu gewinnen? Dem Schlußsatze ist wohl specielle Beziehung zu geben auf die nächstliegende Frage des Ersatzes der Anlagekosten. Die Anlage ist — dies wird die Meinung Ulpians sein — doch nur eine spekulative, keine auf eigentlichen Fruchterwerb gerichtete, darum kann der Ersatz der Anlagekosten nicht beansprucht werden.

19) Die Entscheidungen des O. Tr. sind nicht alle mit einander übereinstimmend. Am entschiedensten spricht sich aus Präjudiz 997: Die wirthschaftliche Benutzung einer Wiese zum Torfstechen ist dem Erbpächter sowohl nach landrechtlichen als gemeinrechtlichen Vorschriften gestattet. Dagegen Striethorst Bd. 49 S. 45, und wieder Bd. 65 S. 238 ff.

20) L. R. I, 21 §. 40. l. 12 pr. D. de usufr. 7, 1.

21) L. R. I, 21 §§. 37. 38. Mit Unrecht haben manche diese Bestimmung ausschließlich auf den Fall bezogen, daß an dem Grundstücke, auf welchem Bergbau betrieben werde, ein Nießbrauch bestehe, hier solle der Nießbraucher bloß die Nutzung der auf den Eigenthumsantheil fallenden Ausbeute haben, bei Nießbrauch an Bergwerken sollten andere Sätze angewendet werden. Bornemann IV S. 271. Ulrich Archiv Bd. 11 S. 82 ff. Dagegen mit Recht das O. Trib. Entsch. Bd. 12 S. 468. Auch das ältere sächsische Recht sprach dem Nießbraucher des Bergwerks nur die Zinsen der Ausbeute zu. Cod. Aug. von 1572 p. III. const. 25. Anders neuere Gesetzgebungen: code civ. art. 598, östr. b. G. §. 511. Sächs. Civilg. §. 609.

Digitized by Google

weil die Substanz des Bergwerks in das Recht zur Gewinnung der Ausbeute gesetzt wird, da es mit deren Erschöpfung erlischt.[22]

Wie weit gebührt ferner dem Nießbraucher der Holzertrag des Nießbrauchgrundstücks?[23] Er hat das Recht auf dessen Gewinnung bei Grundstücken, welche zu regelmäßiger Holzproduktion bestimmt waren, jedoch unter Schonung der Nachhaltigkeit der Produktion; daher steht ihm das Abholzungsrecht bei Nieder- oder Ausschlageholz unbedingt,[24] bei Nutzwaldungen anderer Art nach forstmäßigen Grundsätzen offen. Außerordentlicher Holzertrag, z. B. in Folge von Windbrüchen, bei Raupenfraß, in Anlaß einer Rodung, gehört zwar zur Substanz, soweit er die gewöhnliche Forstnutzung überschreitet;[25] doch ist er entweder zur Verbesserung des Grundstückes anzuwenden oder für den Nießbraucher zinsbar anzulegen.[26] Einzelne auf dem Nießbrauchgrundstück stehende Bäume ist der Nießbraucher nicht befugt, für sich zu schlagen.[27] Ihm kommt nur das regelmäßig abgängige Holz zu, also dürre Aeste, aussterbende Bäume.[28]

Die an das Nießbrauchgrundstück geknüpften Ehrenrechte — Patronat — verbleiben, da sie keine Nutzungen bilden, an sich dem Grundstückseigenthümer, wogegen er die mit den Rechten verbundenen Lasten zu tragen hat. Will er dies nicht, so muß er die Ausübung der Rechte mit den an sie geknüpften Lasten dem Nießbraucher überlassen.[29]

§. 282. Andere Rechte des Nießbrauchers.

An die Nutzungsrechte des Nießbrauchers reihen sich folgende Ansprüche desselben an.

1. Der Nießbraucher kann fordern, in den unvollständigen Besitz des Nießbrauchobjekts und seines Zubehörs gesetzt zu werden. In diesem Besitze schützen ihn die possessorischen Klagen.[1] Er hat ferner, mag er nun im

22) So rechtfertigt die Bestimmung Suarez in den Schlußvorträgen Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 62.

23) L. R. I, 21 §. 32 ff. Vgl. Pfeil in Gans Beiträgen S. 314 ff. Ueber das römische Recht siehe l. 9 §. 7 D. de usufr. 7, 1. l. 22 D. de usu 7, 8, Laspeyres Nießbrauch an Waldungen Archiv f. c. Pr. Bd. 19 n. 4.

24) l. 48 §. 1 D. de usufr. 7, 1.

25) l. 12 pr. D. de usufr. 7, 1. Gruchot Beiträge Bd. 7 S. 547.

26) Dieser Satz ist dem römischen Rechte fremd, nach dessen allgemeinen Grundsätzen das Surrogat nicht an die Stelle des ursprünglichen Gegenstandes tritt.

27) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 9 S. 264. Kann der Nießbraucher wegen Unterschlagung bestraft werden, wenn er sich dergleichen Bäume aneignet? Ohne Zweifel, wenn er das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seiner Handlung hatte.

28) l. 18 D. de usufr. 7, 1.

29) L. R. I, 21 §§. 45. 46.

1) L. R. I, 7 §. 169 ff. Das römische Recht erkannte dem Nießbraucher bekanntlich iuris possessio und damit die possessorischen Interdikte zu. l. 6 §. 2

Digitized by Google

Besitze der Nießbrauchsache sein oder nicht, die konfessorische Klage gegen den Eigenthümer, wie gegen Dritte, im Fall von Störungen oder Bedrohungen seiner Rechte.[2]

2. Im Gegensatz zum römischen Rechte[3] ist der Nießbraucher nach dem Landrechte befugt, der Nießbrauchsache zum Besten des Eigenthümers Dienstbarkeiten und andere Rechte zu erwerben;[4] Lasten kann er dagegen der Sache nicht auflegen.

3. Nach römischem Rechte konnte der Nießbraucher wegen Verwendungen auf die Nießbrauchsache vom Eigenthümer Ersatz fordern, wie jeder Dritte, welcher ohne Auftrag fremde Geschäfte führte.[5] Es war also vorausgesetzt, daß es sich um Auslagen handelte, welche dem Nießbraucher nicht oblagen, die zum Nutzen des Eigenthümers unternommen, endlich nicht gegen Verbot geschehen waren. Bei uns sind die Rechte des Nießbrauchers ausgedehnter wegen Verwendungen, zu denen er nicht verpflichtet war. Zwar ist seine Ersatzforderung abhängig von der Einwilligung des Eigenthümers, welche schriftlich sein muß.[6] Im Falle ihrer Verweigerung kann er aber richterliche Konsensertheilung beantragen bei nothwendigen Verwendungen, insbesondere behufs Wiederherstellung der zur Wohnung oder der Bewirthschaftung der Nießbrauchsache nothwendigen Gebäude,[7] desgleichen auch bei

---

D. de precario 43, 26. l. 60 pr. D. de usufructu 7, 1. l. 4 D. u. p. 43, 17. l. 3 §. 13 ff. D. de vi 43, 16. Vgl. oben §. 160 Anm. 2, §. 149 Anm. 4.

2) Oben §. 277, vgl. l. 5 D. si usufr. pet. 7, 6. — Vgl. auch l. 17 §. 3 D. de usufr. 7, 1.

3) l. 15 §. 7 D. de usufr. 7, 1: fructuarius adquirere fundo servitutem non potest, retinere potest.

4) L. R. I, 21 §. 98. Der Erwerb ist nicht bloß durch Verjährung, sondern auch in anderer Weise, insbesondere durch Vertrag möglich. Dies schon wegen Gleichheit des Grundes. Zwar wendet man ein, daß das Marginale bei §. 91 „von der Verjährung" noch den §. 98 äußerlich mitbegreift, allein dies genügt nicht zur einschränkenden Interpretation einer Vorschrift, welche allgemein lautet. — Der Nießbraucher erwirbt in Folge gesetzlicher Vollmacht dem Proprietar ohne und selbst gegen dessen Willen. Jedoch kann er keine Servituten für das Nießbrauchgrundstück an Grundstücken des Proprietars ersitzen, nach dem Grundsatze res sua nemini servit.

5) Vgl. l. 7 §§. 2. 3 D. de usufr. 7, 1. l. 7 C. eod. 3, 33.

6) Es genügt zur Begründung des Ersatzanspruchs gegen den Eigenthümer dessen schriftliche Einwilligung zu den Verwendungen; nicht erforderlich ist die besondere Uebernahme der Verpflichtung zum Ersatz, da dieselbe schon in jener Einwilligung der Regel nach zu sehen ist. Manche sind anderer Ansicht wegen L. R. I, 21 §. 49, wo die Vergütung der Hauptreparaturen daran geknüpft ist, daß sich der Eigenthümer zu derselben durch gültigen Vertrag anheischig machte. Aber damit ist keine ausdrückliche Uebernahme der Verpflichtung gefordert. In L. R. I, 21 §. 124 ist nur von schriftlicher Einwilligung, L. R. I, 21 §. 56 von Einwilligung die Rede. Wir sehen hierin nur verschiedene Ausdrücke, nicht verschiedene Anforderungen für die Konsensertheilung. Vgl. jedoch Entsch. des O. Trib. Bd. 47 S. 185.

7) L. R. I, 21 §. 58 ff. Die Römer nahmen dagegen an, si qua vetustate corruissent, neutrum cogi reficere. l. 7 §. 2 D. de usufr. 7, 1.

Digitized by Google

Verbesserungen dann, wenn zu denselben die Landesgesetze aufgefordert hatten.[8] Ersatz der zur planmäßigen Vollendung angefangener Nutzbauten erforderten Auslagen endlich kann der Nießbraucher sogar in Anspruch nehmen, wenn er ohne die Zustimmung des Proprietars handelte.[9] Der Konsens ist in allen Fällen vor Inangriffnahme der Verwendung einzuholen, die Auszahlung der Vergütung kann erst nach Beendigung des Nutzungsrechts beansprucht werden.[10]

Zweifelhaft ist es, ob die Ansprüche des Nießbrauchers wegen Verwendungen dinglicher Natur sind, so daß sie, auch wenn ihr Resultat nicht mehr existirt, gegenüber den Singularsuccessoren des konsentirenden Eigenthümers geltend gemacht werden können? Der Nießbraucher hat bloß ein Retentionsrecht bei der Rückgewähr auch dem Singularsuccessor gegenüber. Eine gesichertere Stellung wird er nur durch eine besondere Eintragung der Ansprüche wegen seiner Auslagen unter den Hypotheken erlangen können, zu welcher der Grundeigenthümer seinen Konsens gewähren muß. — Wegen Verwendungen, die ihm nicht oblagen und für die ihm kein Ersatz geleistet wird, hat der Nießbraucher stets das Recht der Wegnahme, falls sich der frühere Zustand wieder herstellen läßt.[11]

4. Wie nach entwickeltem römischem Rechte, so ist auch bei uns zwar nicht der Nießbrauch selbst, wohl aber dessen Ausübung übertragbar.[12] Diese Uebertragung kann entgeltlich, z. B. durch Verkauf, Verpachtung, oder unentgeltlich geschehen. Durch Ueberlassung des Besitzes und bei Grundstücken durch Eintragung im Grundbuche erhält das Recht des Cessionars dingliche Kraft.[13] Wie eine freiwillige, so ist auch eine gerichtliche Ueberweisung möglich, so daß die Gläubiger des Nießbrauchers die Ausübung des Nießbrauchs durch einen Sequester für sich in Anspruch nehmen können.

---

8) L. R. I, 21 §. 128 in Verbindung mit I, 18 §. 238. Die Kosten von Verbesserungen, die gesetzlich angeordnet sind, welche daneben erwähnt werden, sind nothwendige.

9) L. R. I, 21 §§. 61. 63. Dagegen bestimmte l. 61 D. de usufr. 7, 1: aedificium inchoatum fructuarium consummare non posse.

10) Für eigene Bemühung und die Dienste der zum Gute gehörenden Dienstleute, die nicht besonders bezahlt werden mußten, kann der Nießbraucher nichts berechnen, für Materialien aus dem Gute nur, wenn sich durch deren Vernutzung sein Einkommen verminderte. L. R. I, 21 §§. 60. 126. 127 sind wohl so zu kombiniren.

11) L. R. I, 21 §§. 130. 131. Anders nach römischem Rechte. l. 15 pr. D. de usufr. 7, 1.

12) L. R. I, 21 §. 110. l. 66 D. de iure dotium 23, 3 ut ipsum quidem jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat. Ueber die verschiedenen Ansichten gemeinrechtlicher Juristen vgl. Bangerow I, §. 344 Anm. 3.

13) Auch schon nach römischem Rechte erhielt dasselbe dingliche Wirksamkeit. l. 11 §. 2 D. de pignoribus 20, 1. Dernburg Pfandrecht I S. 486.

Digitized by Google

Da die Abtretung nur die Ausübung, nicht das Recht selbst überträgt, so entbindet sie den Nießbraucher nicht von seinen dem Nießbrauchrechte entspringenden Verpflichtungen gegen den Eigenthümer. Aber auch der Cessionar des Nießbrauchs übernimmt dieselben Pflichten, wie wenn er Nießbraucher wäre. Zudem kann er vom Nießbraucher zur Erfüllung derselben angehalten werden.

Grundsätzlich ist die Beendigung des Nießbrauchs nach der Person des Cedenten zu beurtheilen. Insbesondere gilt dies für das Erlöschen durch Tod. Das Recht zur freiwilligen Entsagung aber hat der Cedent mit der Abtretung der Ausübung allerdings aufgegeben.[14] Auch die Konsolidation in seiner Person kann ihm das Recht nicht geben, seinem Cessionar die Nutzung zu entziehen.[15]

§. 283. Verpflichtungen des Nießbrauchers.

Die Erhaltung der Unversehrtheit der Substanz, wie sie durch den Grundgedanken des Nießbrauchrechts bedingt wird, ist nur durch die Auflage persönlicher, hierauf abzielender Verbindlichkeiten des Nießbrauchers vollständig zu verwirklichen.[1] In Rom übernahm der Nießbraucher die Verpflichtung der Behandlung der Sache als guter Wirth und unversehrter Rückgabe mittels besonderer durch Bürgen versicherter Kaution, zu deren Leistung ihn die Androhung der Versagung des Genusses nöthigte.[2] Nach heutigem gemeinen und preußischen Rechte hingegen knüpfen sich die Verpflichtungen des Nießbrauchers als gesetzliche unmittelbar an das Nießbrauchrecht. Auch besteht nach preußischem Rechte für die Regel eine Verpflichtung des Nießbrauchers zur Sicherheitsbestellung nicht mehr, sie tritt nur im Falle gerechtfertigter Besorgniß eines Mißbrauchs oder einer Vernachlässigung der Nießbrauchsache ein.[3]

---

14) Doch spielt die Eintragung eine Rolle. A. ist als Nießbraucher eingetragen und cedirt sein Recht dem B., welcher nicht eingetragen wird. Entsagt A. und läßt löschen, so wird damit das Recht des B. gegenüber redlichen Dritten hinfällig.

15) Vgl. Windscheid I §. 205 Anm. 4.

1) l. 13 §. 2 D. de usufr. 7, 1: sunt casus, quibus cessat Aquiliae actio . . . qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur.

2) Tit. Dig. usufructuarius quemadmodum caveat 7, 9. Da nach römischem Rechte die Kaution das unerläßliche Medium für die persönlichen Verbindlichkeiten des Nießbrauchers bildete, solche aber dem Institute nach seiner Grundanlage wesentlich sind, so erklärt es sich, daß der Erlaß der cautio usufructuaria durch Testament in Rom nichtig war. l. 7 C. ut in poss. legat. 6, 54. Es hat dies gemeinrechtlich keine Geltung mehr, seit die Praxis persönliche Verpflichtungen des Nießbrauchers unmittelbar aus dem Nießbrauch entstehen läßt.

3) L. R. I, 21 §§. 19. 20. Steht die Sache im Miteigenthum Mehrerer, so kann jeder Miteigenthümer im Bedürfnißfalle Sicherheit fordern. Der Anspruch

Digitized by Google

Die Verpflichtungen des Nießbrauchers sind:

1. Der Nießbraucher ist verantwortlich für *Verschlechterungen* der Sache, sofern ihm hierbei mäßige[4] Verschuldung zur Last fällt. Auch sind ihm dauernde *Aenderungen* untersagt, welche mit der wesentlichen Bestimmung der Sache oder auch mit den Interessen des Eigenthümers unvereinbar sind.[5]

2. Dem Nießbraucher liegt ob die Thätigkeit eines ordentlichen Wirths und die Aufwendung der gewöhnlichen Kosten zur Erhaltung der Nießbrauchsache in dem Stande, in dem er sie empfängt.[6] [7] Er hat also Deiche her-

ist ein persönlicher des Stipulanten, welcher an sich im Falle einer Veräußerung der Sache auf dessen Singularsuccessor nicht übergeht. l. 3 §. 4 D. usufr. quemadmodum 7, 9.

4) L. R. I, 21 §. 16. Es gilt dies wenigstens bei Nutzungsrechten aus letztem Willen und Gesetz. Bei vertragsmäßigem Nießbrauch entscheidet die Natur des Vertrags. Hiernach ist die Anwendung in L. R. I, 21 §. 132 zu erklären. Anders Koch zu dieser Stelle. Der römische Nießbraucher haftete für omnis culpa. l. 65 pr. D. de usufr. 7, 1.

5) L. R. I, 21 §. 25 ff. bestimmt, der Nießbraucher dürfe Theile der Substanz nicht in eine ganz verschiedene Form umändern. Welche Aenderungen hiernach dem Nießbraucher gestattet sind, ist nach dem Princip des Textes zu beantworten. Die römischen Entscheidungen wurzeln zum Theil in socialen Verhältnissen, welche von den unsern verschieden sind. So wird in l. 13 §§. 7. 8 D. de usufr. 7, 1 dem Nießbraucher eines Gebäudes die Aufsetzung eines Stockwerks, ja selbst eine Veränderung der Zimmerräume verboten. Dabei ist wohl vorzugsweise an Gebäude gedacht, die Familienstammsitze waren und daher weder veräußert noch vermiethet zu werden pflegten, so daß die unveränderte Eintheilung der Räume in den Affektionsinteressen der Familie lag. Auf moderne Miethe- und Spekulationshäuser ist dies nicht unbedingt anzuwenden. Anders Förster III §. 186 Anm. 57. — Nicht berechtigt ist der Pfarrer, die zu den Pfarrgütern gehörigen Oekonomiegebäude in Wohnstuben zu verwandeln, wenn er etwa die Pfarräcker verpachtet hat. Ob der Nießbraucher Wälder roden, Weinberge in Fruchtäcker verwandeln, Steinbrüche eröffnen kann, was l. 13 §. 5 D. de usufr. 7, 1 gestattet, wird von den Umständen des Falles abhängen, so daß dies weder mit Koch, Privatrecht I §. 321 einfach für den Fall des Nutzens zu bejahen, noch mit Bornemann 1. Aufl. Bd. 4 S. 418 schlechthin zu verneinen ist.

6) L. R. I, 21 §. 12.

7) Ist der Nießbraucher verpflichtet, die Gebäude gegen Feuersgefahr zu versichern? Wir nehmen an, daß es Sache des Eigenthümers ist, die Versicherung selbst zu nehmen, und daß der Nießbraucher ihm nicht verantwortlich wird, wenn er für eine solche Versicherung nicht seinerseits vorgesorgt hat. Er hat daher auch die Assekuranzprämie selbst zu leisten, im Falle des Abbrennens hat der Nießbraucher keinen Nießbrauch der Versicherungssumme zu beanspruchen. Anders steht die Sache bei den Zwangsversicherungen, welche in manchen Kommunalverbänden bestehen, so daß die Prämien im Wege der Exekution von denjenigen beigetrieben werden, die im Grundstück sitzen; hier hat die Prämie den Charakter der Reallast, die Versicherungssumme den eines Surrogats der versicherten Sache. — Versichert der Nießbraucher freiwillig, so kann dies geschehen, um sein *Interesse* an der Sache zu versichern; dann fällt ihm die Versicherungssumme als freies Eigenthum zu, da sie nur Aequivalent seines Nutzungsrechts ist. Hat er aber die *Sache* versichert, so konnte er dies nur als Stellvertreter des Eigenthümers und ist daher — trotz des O. Trib. Striethorst Bd. 12 S. 67, auch Förster III. §. 186 Anm. 69 — nicht berechtigt, über die Brandentschädigungsgelder ohne Zustimmung des Gebäudeeigenthümers zu verfügen. Vgl. Koch Komm. zu L. R. I, 21 §. 50. — Siehe noch etwa Holzschuher Bd. 2 §. 116 n. 24, Seuffert Archiv Bd. 15 S. 106, Malß Zeitschrift für Versicherungsrecht I S. 51.

Digitized by Google

zustellen, Gräben auszuschlämmen, den Düngungszustand zu erhalten, auch die Ergänzung der Zubehörungen,[8] z. B. einer Heerde,[9] die Nachpflanzung von Weinstöcken, Obstbäumen vorzunehmen.[10] Insbesondere hat der Nießbraucher bei Gebäuden die mäßigen während der Nießbrauchzeit nothwendig werdenden Reparaturen, nicht aber Hauptreparaturen zu übernehmen. Ueber die Frage, was zu der einen oder anderen Klasse gehört, entscheidet aber nicht, wie nach römischem Rechte, das freie richterliche Ermessen; vielmehr bezeichnet das Gesetz als Hauptreparaturen nur solche, welche ein Viertel der Nutzung des Jahres, in denen sie zum Bedürfniß wurden, übersteigen.[11]

Der Eigenthümer kann bei unwirthschaftlicher Behandlung der Nießbrauchsache, durch welche deren Werth im Ganzen gemindert wird, sowie wegen unerlaubter Veränderungen richterliche Maßnahmen zur Einschränkung des Nießbrauchers, äußerstenfalls Sequestration fordern,[12] nicht weniger auch während der Nießbrauchzeit auf Wiederherstellung klagen.[13] Um nachträgliche chikanöse Processe möglichst abzuschneiden, läßt aber das Landrecht Klagen wegen Deteriorationen nach Beendigung des Nießbrauchs nur im Falle gewisser,[14] namentlich angeführter Beschädigungen zu.[15]

---

8) L. R. I, 21 §§. 68. 69. Für die Regel ist unbegründet, wie bei Hymmen Bd. 7 S. 89 angenommen wird, daß die Ergänzung bloß aus dem Naturalertrage der Nießbrauchsache zu geschehen habe, z. B. die der Heerde nur aus deren Jungen, die der Weinstöcke nur aus Ablegern alter Stöcke. Vgl. noch L. R. I, 21 §§. 17. 18.

9) In der römischen Kaiserzeit wurde — wie es scheint, auf Grund der Ansicht des Juristen Julian — herrschendes Dogma, daß dem Nießbraucher das Eigenthum der Thierjungen einer Heerde nur soweit zufalle, als dieselben nicht zur Ergänzung derselben erforderlich seien, daß dieses Eigenthum also in der Schwebe sei und sich erst nach Ergänzung der Heerde für den Nießbraucher am Reste fixire. l. 12 §. 5. l. 70 §. 1 D. de usufr. 7, 1. l. 68 §. 2 D. eod. Es lag in dieser Konstruktion ein Zwangsmittel gegen den Nießbraucher zur Instandhaltung der Heerde. Unserm Rechte ist dieselbe fremd, gegen sie spricht sich auch aus Wächter das schwebende Eigenthum S. 14 ff.

10) l. 7 §. 2 D. de usufr. 7, 1.

11) L. R. I, 21 §§. 52. 66. Natürlich liegen dem Nießbraucher auch Hauptreparaturen ob, wenn er an der Beschädigung des Gebäudes schuld ist.

12) L. R. I, 21 §§. 140. 141. Sequestration gestatteten auch gemeinrechtliche Schriftsteller. Voet ad Pand. 7, 9 §. 3. Lauterbach coll. Pand. 7, 9 §. 10; vgl. Glück Bd. 9 S. 493. — Koch Proceßpraxis I S. 264 nimmt mit Recht an, daß der Antrag auf das Inhibitorium wie ein Arrestgesuch zu behandeln und dasselbe sofort auf einseitigen Vortrag zu erlassen sei.

13) Suarez in den Schlußvorträgen Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 99 hebt besonders hervor, daß die Deterioration in das Ganze gehen muß, damit die Bestimmungen von L. R. I, 21 §§. 140. 141 eintreten.

14) L. R. I, 21 §§. 134. 135. Die nachträgliche Deteriorationsklage kann sich stützen auf Beschädigungen von Gebäuden, Mühlen, Wasserleitungen, Wegen, Gehegen und Verzäunungen. — Waldverwüstung kommt nach L. R. I, 18 §. 564 in Betracht, wenn daraus eine Ertragsverminderung mindestens auf zwanzig Jahre hinaus entstanden ist, es hat dann der Proprietar nach seiner Wahl das Recht, auf den Werth

Digitized by Google

3. Als auf der Nutzung ruhende Lasten trägt der Nießbraucher endlich, sofern er hiervon nicht besonders, z. B. durch Testament, entbunden ist, wie nach römischem Rechte, die öffentlichen Abgaben und Leistungen gewöhnlicher und ungewöhnlicher Art.[16] Uebersteigen jedoch ungewöhnliche Lasten den Reingewinn, welchen der Nießbraucher während der Nießbrauchzeit zog, oder doch bei gehöriger Bewirthschaftung hätte ziehen können, so kann er vom Eigenthümer Erstattung dieser Mehrauslage fordern.[17] Ferner liegen dem Nießbraucher auch die auf privatrechtlichen Titeln beruhenden Reallasten und solche persönlichen Verpflichtungen des Eigenthümers ob, welche auf die Nutzung der Nießbrauchsache angewiesen waren.[18] Ja, er ist bei uns sogar mit der Entrichtung der laufenden Zinsen der auf dem Nießbrauchgrundstücke eingetragenen, ihm vorgehenden Hypotheken belastet, indem man die Hypothek der modernen wirthschaftlichen Anschauung entsprechend als ein Analogon der Rentenbelastung behandelt. Ferner ist vorschußweise Berichtigung aufgekündigter auf dem Nießbrauchgrundstück eingetragener Kapitalien dann Sache des Nießbrauchers, wenn er ihnen nicht vorgeht. Der Nießbraucher kann zu diesem Zwecke die Nießbrauchsache verpfänden, nachdem er die Einwilligung des Eigenthümers oder im Falle seiner grundlosen Weigerung den richterlichen Konsens eingeholt hat.[19] Auch hat der Nießbraucher vorschußweise die Kosten der Processe zu tragen, welche die Substanz oder das Zubehör der Nießbrauchsache betreffen und bei denen er mitinteressirt ist. Ersatz dieser Kosten erhält er, wenn sein Nießbrauch unentgeltlich ist, mit dessen Beendigung.[20]

---

des unwirthschaftlich verkauften Holzes oder auf den vom Nießbraucher dafür erlösten Preis zu klagen.

15) Die Klage wird demjenigen erworben, der zur Zeit der Deterioration Eigenthümer der Nießbrauchsache war. Veräußert er die Nießbrauchsache vor der Klaganstellung, so kann ihm unter Umständen die Einrede des mangelnden Interesses an der Wiederherstellung der Sache entgegentreten. Der Autor kann natürlich seinem Rechtsnachfolger die Deteriorationsklage abtreten.

16) l. 27 §. 3 D. de usufr. 7, 1. l. 52 D. eod.

17) L. R. I, 21 §. 88. So auch ältere Juristen. Voet VII, 1 §. 38. Leyser spec. 106 m. 3. Walch. contr. II, 3 §. 7. Glück Bd. 9 S. 259. Der Nießbraucher hat über seine Einnahmen Rechnung zu legen, Sache des Proprietars ist es, nachzuweisen, daß der Nießbraucher mehr hätte ziehen können, als er nach der Rechnung zog.

18) L. R. I, 21 §. 80. Die Beziehung wird in zweifelhaften Fällen vermuthet. L. R. I, 21 §. 81. — Vgl. auch l. 7 §. 2 D. de usufr. 7, 1 verb. alimenta ab ea re relicta.

19) L. R. I, 21 §. 75 ff. Jetzt kann er „Hypothek" oder „Grundschuld" auflegen.

20) L. R. I, 21 §. 82 ff.

Digitized by Google

Nur der Eigenthümer kann der Regel nach den Nießbraucher klagweise zur Tragung dieser Lasten anhalten,[21] desgleichen Ersatz des Schadens fordern, welcher ihm durch die Verabsäumung des Nießbrauchers erwuchs, z. B. in Folge von Exekutionsmaßregeln des nicht befriedigten Gläubigers. Ausnahmsweise hat indessen der Gläubiger einer Zehntberechtigung eine direkte Klage gegen den Nießbraucher der zehntpflichtigen Sache.[22 23]

§. 284. Auseinandersetzung nach Ende des Nießbrauchs.

Die Beendigung des Nießbrauchs hat die Pflicht des Nießbrauchers zur Herausgabe der Nießbrauchsache und eine Auseinandersetzung zwischen Nießbraucher und Eigenthümer zur Folge.

1. Sind beglaubte Inventarien und Sachbeschreibungen bei Antritt des Nießbrauchs aufgenommen, so bilden sie die Grundlage bei der Rückgewähr.[1] Dem Nießbraucher bleibt der Regel nach der Nachweis unverschuldeten Untergangs oder Verschlechterung offen.[2] Die im Inventar verzeichneten Beilaßstücke sind indessen ohne Rücksicht auf etwaige Unglücksfälle zurückzuerstatten,[3] woraus geschlossen werden darf, daß an solchen Stücken nur ein Quasiusufrukt besteht und daß der Nießbraucher auch das freie Verfügungsrecht über sie hatte.[4]

Die Errichtung von Inventar und Sachbeschreibung kann der Eigenthümer,[5] wie auch der Nießbraucher der Regel nach auf gemeinschaftliche Kosten fordern.[6] Ein indirekter Zwang zu deren Aufnahme liegt in ungün-

---

21) Vgl. Plenarbeschluß des Obertribunals vom 1. März 1847, Präj. 1841, Entsch. Bd. 14 S. 17 ff.

22) Vgl. oben §. 277 Anm. 13.

23) Die Verpflichtungen des Pfarrers als Nießbraucher der Pfarrgüter sind beschränkter, als dies beim gewöhnlichen Nießbrauch der Fall ist. Hierüber vgl. L. R. II, 11 §. 784 ff. Kretschmann: Ist zu den Deichlasten von Grundstücken geistlicher Institute der Stelleninhaber verpflichtet? bei Gruchot Bd. 4 S. 421 ff.

1) L. R. I, 21 §. 112 ff.

2) Auch der Nachweis eines Irrthums bei der Aufnahme ist niemals ausgeschlossen. Anders Koch zu L. R. I, 21 §. 112.

3) L. R. I, 21 §. 121.

4) So Koch zu L. R. I, 21 §. 121. cf. l. 62 §. 1 D. de usufr. 7, 1. Denkbar wäre freilich, daß dieses Inventar als eisernes angesehen würde, so daß der Proprietar Eigenthümer bliebe und doch die Gefahr beim Nutznießer wäre. Aber ein solches Verhältniß ist als ein von der Regel abweichendes nicht zu unterstellen. Natürlich stehen aber dem Eigenthümer Sicherungsmaßregeln im Falle unwirthschaftlicher Veräußerung der Beilaßstücke zu.

5) L. R. I, 21 §. 113 spricht dem Eigenthümer diese Befugniß bei der Uebergabe zu, doch ist dies nur exemplikativ, nicht beschränkend hinzugefügt. Auch nachträglich kann Inventarisirung gefordert werden. Anders O. T. in Striethorst Archiv Bd. 22 S. 1 ff.

6) L. R. I, 21 §§. 114. 115. Bei einem Nießbrauch am gesammten Vermögen soll der Nießbraucher allein die Kosten der Inventarisirung tragen.

Digitized by Google

stigen Vermuthungen, welche den Nießbraucher im Falle der Nichterrichtung treffen.[7] Wurde nämlich der Baustand der Gebäude nicht durch eine genaue Beschreibung festgestellt, so wird guter Zustand bei Antritt des Nießbrauchs vermuthet.[8] Ist kein Inventar über die Beilaßstücke errichtet, so tritt die Vermuthung ein, daß der Nießbraucher Alles, was zur vollständigen Benutzung der Nießbrauchsache erforderlich ist, erhalten habe.[9] Hatte jedoch der Besteller des Nießbrauchs die Aufnahme eines Inventars und selbst eines Privatverzeichnisses verboten, so hat der Nießbraucher nur die nothdürftig erforderlichen Beilaßstücke zu erstatten, sofern nicht das Vorhandensein von Weniger oder Mehr dargethan wird.[10] Wegen der Beschaffenheit der zurückzugebenden Stücke besteht, wenn dieselbe nicht aus dem Inventar erhellt, die Vermuthung für mittlere Art und Güte.[11]

2. Für die Nutzung des letzten Nießbrauchjahres gilt nicht der römische Grundsatz, wonach dem Nießbraucher nur gehört und verbleibt, was er sich während der Nießbrauchzeit angeeignet hat, dem Eigenthümer aber alles Andere zufällt; denn so einfach dieses Princip ist, so läßt es doch dem Spiel des Zufalls einen kaum zu rechtfertigenden Raum. Vielmehr tritt eine verhältnißmäßige Vertheilung der Nutzungen des letzten Jahres ein, wie solche nach preußischem Rechte auch zwischen dem Eigenthümer und dem gutgläubigen Besitzer stattfindet.[12]

---

7) Gemeinrechtlich streitet man darüber, ob der Eigenthümer Errichtung eines Inventars fordern könne. Seuffert Archiv Bd. 13, 105. Die römischen Juristen geben den Parteien nur den Rath, ein Inventar zu errichten, knüpfen aber an die Unterlassung kein Präjudiz. l. 1 §. 5 D. usufr. quemadmodum 7, 9.

8) L. R. I, 21 §. 48. Das Gesetz spricht von Ueberlieferung in gutem Zustande, bei einem vorbehaltenen Nießbrauch ist dies entsprechend anzuwenden. Entsch. d. O. Tr. Bd. 78 S. 30. Weiter geht §. 67, welcher selbst den Gegenbeweis, daß die Sache in schlechtem Zustande war, ausschließt, wenn das Gebäude zu Grunde ging oder sich bereits Hauptreparaturen an demselben finden. Der Gesetzgeber hält in diesem Falle die Darlegung des ursprünglichen Zustandes für unmöglich. Anders Koch zu §. 67 und Andere.

9) L. R. I, 21 §. 119. Bei dieser Vermuthung wird nicht der Zeitpunkt des Beginnes, sondern der Endigung des Nießbrauchs zu Grunde gelegt nach Entsch. des O. Trib. Bd. 30 S. 83, da die Ermittelung dessen, was zur Zeit des Beginns des Nießbrauchs erforderlich war, ganz problematisch wäre. Es bildet die Vermuthung aber nur die Grundlage; dem Nießbraucher steht der Beweis offen, daß er weniger empfangen habe, dem Eigenthümer, daß dem Nießbraucher mehr überliefert wurde.

10) L. R. I, 21 §§. 117. 118.

11) L. R. I, 21 §. 123.

12) Die Nutzungen früherer Jahre bleiben natürlich dem Nießbraucher ausschließlich, auch wenn sie sich noch auf dem Nießbrauchgute finden. Jedoch bestimmt L. R. I, 21 §. 147 ff., daß das Holz, welches zwar in früheren Jahren geschlagen, aber weder verkauft, noch abgeführt ist, dem Eigenthümer unter der Verpflichtung der Erstattung des baaren Arbeitslohns gehöre und daß das Gleiche auch von Mauer- und Ziegelsteinen, von gebranntem Kalk und anderen zum Nießbrauch gehörenden, vom Nießbraucher in früheren Jahren zubereiteten Erzeugnissen gelte. Diese Bestim-

Digitized by Google

Insbesondere wird bei landwirthschaftlichen Immobilien — einzelnen Grundstücken, wie Landgütern — der Reingewinn,[13] wie das etwaige Deficit des letzten Jahres zwischen dem Eigenthümer und dem Nießbraucher nach Verhältniß der Nießbrauchzeit getheilt.[14]

Das letzte Wirthschaftsjahr wird vom 1. Juli ab bemessen. Bis zu dessen Ablauf geschieht in Ermangelung von anderer Vereinbarung die Verwaltung für gemeinschaftliche Rechnung durch den Nießbraucher oder dessen Erben, welchem der Eigenthümer auf seine Kosten einen Rechnungsführer zur Seite setzen kann.[15]

Auch wenn nichtlandwirthschaftliche Grundstücke, Gerechtigkeiten, Kapitalien den Gegenstand des Nießbrauchs bilden, wird der Jahresertrag vertheilt. Das Jahr wird aber dann vom 1. Juni an datirt. Die Vertheilung geschieht nach Quartalen, so daß das Vierteljahr, in welchem der Nießbrauch aufhörte, dem Nießbraucher voll und unverkürzt zugerechnet wird.[16]

B. Nießbrauch an Rechten.

§. 285. Der Nießbrauch an Forderungen.[1]

Den Römern war der Nießbrauch an Forderungen nur als uneigentlicher denkbar, da sie Rechte an Rechten in der Weise von Rechten an körperlichen Sachen nicht anerkannten. Der Nießbraucher erhielt daher die freie Verfügung über die Forderung, insbesondere das Recht zu ihrer Beitreibung

---

mungen sind singulär und haben höchstens dann einen Grund, wenn es sich um Produkte handelt, die bereits zur Verwendung in die Nießbrauchsache bestimmt waren.

13) Gruchot Bd. 2 S. 110.

14) cfr. l. 7 §§. 1—4 D. sol. matr. 24, 3. L. R. I, 21 §. 151 spricht zwar nur von Landgütern, doch sind die gleichen Sätze wegen Gleichheit des Grundes auf einzelne Aecker, Wiesen u. s. w. anzuwenden; vgl. L. R. I, 21 §. 169. So auch Striethorst Bd. 51 S. 7 ff. Die Details der Berechnung siehe L. R. I, 21 §. 154 ff. Nach L. R. I, 7 §. 202 steht es dem Eigenthümer frei, dem Besitzer auch die Nutzung des letzten Jahres völlig zu überlassen und sich hierdurch von den Lasten und Ausgaben des Jahres freizumachen. Gegenüber dem Nießbraucher wird ihm das gleiche Recht nicht zugestanden.

15) L. R. I, 21 §. 152.

16) L. R. I, 21 §. 170 ff. Aus dem Wortlaute dieses Paragraphen folgt allerdings nicht, daß auch bei den hier besprochenen Objekten eine Vertheilung des Jahresertrags vorgenommen werden soll. Dies entspricht aber der Grundanschauung, von welcher das Landrecht in dieser Materie ausgeht. Vgl. Suarez bei Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 100, Entsch. des O. T. Bd. 48 S. 296. Dagegen freilich u. A. Förster III. §. 186 Anm. 124. Die Folge der Ansicht des Obertribunals ist, daß der zufällige Fälligkeitstermin der Leistungen nicht entscheidet.

1) L. R. I, 21 §. 101 ff. Ueber gemeines Recht siehe Steinberger, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß n. F. XI, 5. Dunker Archiv für praktische Rechtswissenschaft VI, 6. Held die Lehre vom usus fructus §. 12. Bürkel a. a. O. S. 62.

Digitized by Google

und ihrer Weiterbegebung, dagegen war er zur Erstattung ihres Betrags nach Beendigung des Nießbrauchs verpflichtet; ihn traf also die Gefahr.[2]

Dem modernen Rechte ist es dagegen geläufig, Forderungen wie Sachen anzusehen, an denen Rechte zulässig sind. Daher gilt dem preußischen Rechte der Nießbrauch an *Kapitalien* als eigentlicher.[3] Der Nießbraucher hat nur das Recht der Erhebung der während der Nießbrauchzeit fälligen Zinsen. Zu diesem Zwecke kann er dem Schuldner denunciiren, und vom Proprietar Aushändigung der Schulddokumente fordern, um die Zinsklage anzustellen; bestehen besondere Zinsscheine, wie bei Papieren auf den Inhaber, so muß er sich mit deren Ueberlassung begnügen. Zur Eintreibung des Kapitals ist der Nießbraucher ohne Zuziehung des Proprietars nicht berechtigt und ebensowenig zur Annahme freiwillig angebotener Zahlung legitimirt; dagegen kann er im Falle der Unsicherheit des Schuldners die Einwilligung des Proprietars zur Kündigung und Beitreibung des Kapitals verlangen: äußerstenfalls ist dieselbe vom Gericht zu ergänzen, da es sich um eine nothwendige Verwaltungsmaßregel handelt.[4] Kann der Eigenthümer der Obligation diese kündigen? Man könnte hierfür anführen, daß er Eigenthümer der Substanz ist, und in Folge dessen das Verfügungsrecht über die Forderung hat. Aber dem Nießbraucher kann sein Recht auf die Zinsen gerade dieses Kapitals ohne seine Zustimmung nicht entzogen werden. Dieselbe wird vom Gericht im Nothfalle supplirt. Will der Schuldner, welchem von der Nießbrauchbestellung Mittheilung gemacht ist, seinerseits zurückzahlen, so kann dies der Regel nach nur zum gerichtlichen Depositum geschehen, wenn sich Gläubiger und Nießbraucher nicht in anderer Weise vereinigen. Eine Neubelegung des Kapitals soll der Eigenthümer erst nach vorgängiger Rücksprache mit dem Nießbraucher vornehmen. Er muß hierbei auf die von dem Nießbraucher vorgeschlagene Belegungsweise eingehen, wenn derselbe für die Sicherheit des Kapitals Kaution leistet. Doch kann der Proprietar das zurückgezahlte Kapital

---

2) l. 1 C. de usufructu 3, 33. cf. l. 3 D. de usufr. earum r. 7, 5. l. 24 pr. D. de usu leg. 33, 2. Puchta Pand. §. 182 Anm. g. Bürkel S. 62. Schwankend Windscheid I, §. 206 Anm. 9. Der Nießbrauch an einer Forderung auf eine *Species* gewährte zwar auch das Recht der Beitreibung der Sache, enthielt aber außerdem die Bestellung eines wahren Nießbrauchs an dieser Sache für den Fall ihrer Einziehung. Bürkel a. a. O. S. 63.

3) L. R. I, 21 §§. 101. 104.

4) Da nach L. R. I, 21 §. 104 die Zahlung an den Nießbraucher dem Eigenthümer der Forderung nicht präjudiciren kann, so hält sich der Eigenthümer an den alten Schuldner, dieser hat eine condictio indebiti gegen den Nießbraucher. Damit scheint wenig zu stimmen L. R. I, 21 §§. 102. 103, wonach der Nießbraucher an den Kapitalien, über welche er verfügt hat, dem Eigenthümer für jeden Ausfall haftet, auch diesem Kaution stellen soll. Es ist anzunehmen, der Nießbraucher hat die Kapitalien neu placirt, der Eigenthümer *kann* sich dann, statt den ursprünglichen Schuldner anzugehen, an den neuen Schuldner halten, so daß der Nießbraucher aber für denselben Sicherheit zu leisten hat.

Digitized by Google

auch gegen Leistung landesüblicher Zinsen an den Nießbraucher und gegen Kaution an sich nehmen und behalten.[5]

Natürlich ist auch bei uns ein uneigentlicher Nießbrauch an Forderungen möglich, so daß der Nutznießer die freie Verfügung über sie erhält. Ob ein solches Verhältniß eintritt, ist eine Frage der besondern Parteiabsicht. Dieselbe ist der Natur der Sache nach bei Forderungen zu unterstellen, welche nicht dem Zwecke einer dauernden Kapitalanlage, sondern nur einer vorübergehenden Kreditbewilligung dienen sollten.[6]

§. 286. Nießbrauch an Rechten anderer Art.

1. Welche Rechte hat der Nießbraucher einer Aktie? Ist er schlechthin befugt, die Dividenden während der Nießbrauchzeit für sich in Anspruch zu nehmen? Es ist dies um deswillen zweifelhaft, weil nicht selten die Dividendenerträgnisse Folge von gewagter Spekulation und des Aufspielsetzens des Grundkapitals sind, so daß sie für den Kapitalisten nicht einfach Nutzung, sondern zugleich einen Fonds bilden, aus welchem ein guter Wirthschafter Kapitalverlust zu decken hat. Da indessen das Gesetz die Dividende als Reingewinn des Unternehmens betrachtet,[1] so wird man dieselbe gleichwohl dem Nutznießer überlassen, wenn nicht den thatsächlichen Umständen nach etwas Anderes, insbesondere nur ein uneigentlicher Nießbrauch an der Summe der eingekommenen Dividenden anzunehmen ist.

Der Nießbraucher hat Anspruch auf die Dividende nach Verhältniß der Zeit, in welcher sein Nießbrauch im betreffenden Geschäftsjahre dauerte. Es kommt nichts darauf an, in welchem Moment dieselbe festgesetzt wird und zur Auszahlung kommt.[2]

Wer hat Stimmrecht in der Generalversammlung? Der Gesellschaft gegenüber ist allerdings, wenn es sich um Inhaberaktien handelt, der Inha-

---

5) Wem gebührt die Nutzung am Prämiengewinn, wenn das Papier, an welchem der Nießbrauch besteht, einer Prämienanleihe angehört? Die Prämien gleichen den geringeren Zinsgenuß aus. Dennoch wird man dem Nießbraucher weder die Prämie, noch auch selbst die Nutzung des Prämiengewinnes zutheilen können, denn dieser Gewinn ist Substanzvermehrung und ein neu erworbenes Kapital, auf welches sich der Nießbrauch an der ursprünglichen Kapitalsumme nicht erstreckt.

6) Unter Kapitalien im Sinne von L. R. I, 21 §. 101 werden wir daher solche Forderungen nicht verstehen. Doch ist die Sache zweifelhaft.

1) H. G. B. Art. 216. Renaud die Aktiengesellschaft S. 651 ff.

2) Wird z. B. die Dividende einer Eisenbahnaktiengesellschaft für das verflossene Jahr erst im März des folgenden Jahres festgestellt und ausgezahlt, so erhält der Nießbraucher, dessen Nießbrauch mit dem 31. December jenes Jahres aufhörte, den vollen Dividendengenuß, bei früherer Endigung im Jahre aber einen verhältnißmäßigen Theil. Die Vertheilung hat wohl nach den §. 284 Anm. 16 entwickelten Grundsätzen zu geschehen.

Digitized by Google

der schlechthin legitimirt.[3] Es fragt sich aber, wer die Innehabung zum Zweck der Abstimmung verlangen kann, der Proprietar oder der Nießbraucher? Wir müssen davon ausgehen, daß der Erstere als der wirkliche Gesellschafter das Stimmrecht hat, der Nießbraucher darf dasselbe nur an dessen Stelle ausüben, sofern er befugt ist, ihn als Vater, Ehemann zu vertreten. Stehen die Aktien auf Namen, so hat der Nießbraucher daher, wenn er das Stimmrecht beanspruchen will, den Nachweis eines solchen Vertretungsrechtes zu führen.

Ist auf die Aktie, wie dies z. B. bei Versicherungsgesellschaften nicht selten vorkommt, nur theilweise eingezahlt und sind, etwa in Folge von Verlusten der Gesellschaft, weitere Einzahlungen zu machen, so fragt es sich, wem dieselben obliegen, dem Eigenthümer der Aktie oder dem Nutznießer, welcher auch die Dividenden der guten Jahre zog? Solche Nachzahlungen sind aufzufassen als nothwendige Verwendungen auf die Substanz.[4] Der Nutznießer hat sie also vorzuschießen, kann hierzu auch vom Proprietar der Aktie angehalten werden, nach Beendigung des Nießbrauchs aber hat ihm der Eigenthümer den vorgeschossenen Betrag zu ersetzen, wenn er die Einwilligung zu der Einzahlung gegeben hat oder wenn dieselbe vom Richter supplirt wurde.[5]

2. Gewährt der Nießbrauch einer Rente die freie Verfügung über die während der Nießbrauchszeit fällig gewordenen Renten oder nur den Zinsengenuß des Rentenbetrags? Das von einer ewigen Rente verfallende Einkommen gebührt dem Nießbraucher, da hier das Recht selbst, welches dauernd die Rente erzeugt, die Substanz bildet. Zweifelhaft ist, ob Gleiches bei lebenslänglichen Renten zu gelten hat, welche sich mit der Zahlung der während des Lebens des Berechtigten verfallenden Beträge erschöpfen. Gleichwohl hat dies das Landrecht im Anschluß an die herrschende ältere gemein-

---

3) Vgl. H. G. B. Art. 224 Abs. 2.

4) Vgl. L. R. I, 21 §. 82.

5) Wie gestalten sich die Verhältnisse, wenn den Aktionären bei einer Vermehrung des Aktienkapitals das Bezugsrecht einer neuen Aktie zu einem niedrigeren als dem börsenmäßigen Kurse offen gestellt wird? Es hat dann der Proprietar einen Anspruch auf die Substanz der neuen Aktie, der Nießbraucher aber auf deren Dividende. Dieses Recht des Nießbrauchers aber ist daran gebunden, daß er die auf die neue Aktie zu machende Einzahlung seinerseits leistet, das Recht des Proprietars ist davon abhängig, daß er bereit ist, dem Nießbraucher die vorgeschossene Einzahlung gegen Restitution der neuen Aktie nach beendigter Nutzungszeit zu vergüten. Weigert sich der Nießbraucher, den Vorschuß zu machen, so verzichtet er damit auf den Nießbrauch der neuen Aktie und der Proprietar hat ein freies Bezugsrecht, weigert sich der Proprietar der Erklärung über die dereinstige Vergütung des Vorschusses, so verzichtet er auf das Recht der neuen Aktie, welche in Folge dieses Verzichts dem Nießbraucher allein anheimfällt.

Digitized by Google

rechtliche Lehre angenommen.[6] Von Renten, die nur eine bestimmte Zeit laufen, kann hingegen der Nießbraucher nur die Zinsen ansprechen.

3. Was ist ferner der rechtliche Gehalt des Nießbrauchs eines Antheils an einer offenen Handelsgesellschaft? Man ist versucht, dem Nießbraucher den jährlichen Gewinn zuzuerkennen, welcher für den Gesellschaftsantheil beim Schluß eines jeden Geschäftsjahres berechnet wird,[7] wie dem Nießbraucher der Aktie regelmäßig die Jahresdividende überlassen wird. Allein der Betrieb der offenen Gesellschaft gilt als ein einheitlicher so, daß sich erst mit deren Beendigung endgültig ergiebt, ob Gewinn oder Verlust gemacht ist.[8] Der jährlich berechnete Gewinnbetrag jedes Gesellschafters wird daher seinem Antheil am Gesellschaftsvermögen zugeschrieben, vermehrt also dessen Substanz. Der Gesellschafter selbst darf ohne Einwilligung der übrigen Handelsgesellschafter auf seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen nur die Zinsen für das letztverflossene Jahr und soweit es nicht zum offenbaren Nachtheil der Gesellschaft gereicht, Gelder bis höchstens zur Summe des Gewinnbetrags des letzverflossenen Jahres entnehmen. Hierin wäre jedenfalls das Maximum der Anrechte des Nießbrauchers zu sehen. Von den beiden Befugnissen des Gesellschafters ist aber die letztere eine diskretionäre und höchst persönliche, welche auf einen Dritten, den Nießbraucher, nicht übergehen kann. Nur die Zinsen sind daher als das regelmäßige Erträgniß zu behandeln, welches dem Nießbraucher gebührt.[9] Und zwar gilt dies nicht nur für die ursprüngliche Einlage, sondern auch für den später zugeschriebenen Gewinn, wie umgekehrt der Nießbraucher keine Zinsansprüche wegen der Einlage mehr hat, wenn sie beim Betriebe verloren ging. Entnimmt der Gesellschafter etwas aus dem zugeschriebenen Gewinn, was ihm freisteht, so muß er dem Nießbraucher hiervon Zinsen vergüten, da er durch diese freiwillige Entnahme die Zinsansprüche des Nießbrauchers nicht kürzen kann.

---

6) L. R. I, 21 §. 42. Striethorst Archiv Bd. 49 S. 273 ff. Ebenso code civ. art. 588. Von älteren Schriftstellern Voet. ad Pand. VII, 1 n. 25. Dagegen Bürkel a. a. O. S. 69.

7) H. G. B. Art. 107.

8) Vgl. unten Bd. 2 §. 220 Anm. 2, Anm. 11.

9) Fraglich könnte noch sein, ob der Nießbraucher nach Beendigung der Handelsgesellschaft einen der Zeit seiner Nutznießung entsprechenden Theil des Gewinnes beanspruchen kann, der sich endgültig herausstellt? Konsequenterweise müßte man ihn dann auch als verpflichtet ansehen, den Mitgesellschaftern den etwaigen Verlust verhältnißmäßig zu ersetzen. Der vermuthlichen Absicht des Bestellers des Nießbrauchs entspricht beides nicht. Derselbe will präsumtiv dem Nießbraucher ein periodisch sich ergebendes Erträgniß zuwenden, nicht aber eine Anwartschaft auf eine Gewinnsumme in einer unbestimmten Zeit verleihen.

Digitized by Google

Hiernach tritt der Nießbraucher eines Gesellschaftsantheils nicht in das Gesellschaftsverhältniß,[10] er ist aber wie ein Cessionar des Gesellschafters zur Erhebung der diesem anfallenden Zinserträge legitimirt.

4. Auch der Nießbraucher eines Handelsgeschäfts kann dessen Jahresgewinn nicht in Anspruch nehmen, da sich endgültig Gewinn und Verlust erst nach Beendigung des Geschäfts aus dessen Gesammtresultate ergeben. Dem Nießbraucher gebührt daher nur der Betrag laufender üblicher Zinsen des Geschäftskapitals, welches sich nach der jedesmaligen letzten Jahresbilanz berechnet.

Weitere Befugnisse hat der Nießbraucher, wenn ihm das Geschäft auch zur freien Verwaltung und Verfügung überlassen ist. Meistens betrachtet man ihn dann als Vertreter des Proprietars zu eignen Gunsten, so daß er diesen mit den Geschäftsschulden belastet und sich den Geschäftsreinertrag aneignet. Richtiger werden wir einen solchen Nießbrauch als einen uneigentlichen ansehen. Der Nießbraucher kann hiernach Uebertragung des Geschäfts mit dessen Ausständen, Bewilligung zur Eintragung in das Firmenregister fordern; wie jeder Erwerber eines Handelsgeschäfts übernimmt er dagegen die Haftung für dessen Schulden. Nach Beendigung des Nießbrauchs hat er das Geschäft und die Firma zurückzuübertragen mit einem Geschäftskapital, welches dem seiner Zeit überkommenen gleichwerthig ist.

5. Der Nießbrauch an einem Autorrechte ist der Regel nach nur ein uneigentlicher und zwar derjenigen Kapitalien, welche während der Nießbrauchzeit in Folge des Autorrechts eingehen.[11] Möglicherweise liegt es jedoch in der Absicht des Autors, welcher einen solchen Nießbrauch besonders vermacht, dem Nießbraucher die Honorare der während der Nießbrauchzeit veranstalteten Auflagen vollständig zu überlassen. Diese Absicht muß besonders ausgedrückt sein oder sich aus den Umständen mit Sicherheit ergeben. In solcher theilweisen Abtretung des Autorrechts liegt ein Analogon des Nießbrauchs, nicht aber ein wirkliches Nießbrauchverhältniß.

§. 287. Nießbrauch an einem Vermögen.

Der Nießbrauch an einem Gesammtvermögen[1] oder an einer Quote desselben, z. B. an einer Verlassenschaft ist die Summe von Nießbrauchrechten an allen einzelnen dem Vermögen zugehörigen Objekten. Nach deren besonderen Beschaffenheit und Bestimmung gestaltet sich daher dieser Nießbrauch theils zum eigentlichen, theils zum uneigentlichen.

---

10) Art. 98 des Handelsgesetzbuches.

11) Vgl. Bürkel S. 73 ff.

1) Bürkel a. a. O. S. 86.

Digitized by Google

Ein Problem ist die Behandlung der Schulden, welche dem Vermögensinhaber bei Beginn des Nießbrauchs oblagen. Die römische Jurisprudenz löste dasselbe beim Vermächtniß des Nießbrauchs an einer Verlassenschaft dadurch, daß sie dem Erben, welcher persönlich für die Schulden des Erblassers haftbar blieb, gestattete, bei Herausgabe des Nachlasses an den Nießbraucher den Betrag der Erbschaftsschulden abzuziehen, so daß sich der Nießbrauch nur auf die übrig bleibenden Objekte erstreckte.[2] Es ist nicht zu bezweifeln, daß auch bei uns der Erbe und jeder andere Proprietar, da er persönlich für die Schulden haftbar bleibt, zur Rückhaltung der für deren Tilgung erforderlichen Summe schreiten, auch später vom Nießbraucher Deckung für sie fordern kann. Dem Gläubiger jener Forderung ist aber heutzutage auch das Recht nicht zu versagen, wegen der bei Beginn des Nießbrauchs bestehenden Forderungen und aller hieraus sich entwickelnder Verbindlichkeiten Exekution in das Nießbrauchvermögen zu betreiben, da diese Verpflichtungen Lasten des überwiesenen Inbegriffs bilden.[3] Zu diesem Zwecke muß er eine Verurtheilung oder einen sonstigen exekutorischen Titel gegen beide Betheiligte, den Proprietar und den Nießbraucher, erwirken, indem er sie zusammen oder successive belangt.[4]

Es ist eine Konsequenz dieser Sätze, daß der Nießbraucher einer ganzen Verlassenschaft auch persönliche Schulden des Erblassers verzinsen muß;[5,6] nicht weniger, daß er für die Berichtigung derselben im Falle ihrer Aufkündigung zu sorgen hat.[7]

---

2) l. 43 D. de usu legato 33, 2.

3) L. R. I, 2 §. 36. Vgl. oben §. 60.

4) Das römische Recht nöthigte bei dem gesetzlichen Nießbrauch des Hausvaters an den Adventitien des Hauskindes die Gläubiger des Kindes, den Hausvater im Namen des Kindes zu belangen und ließ den Betrag im Falle der Verurtheilung oder Kontumaz des Hausvaters aus dem Vermögen des Kindes betreiben. §. 3. J. de adq. per adr. 3, 11. l. 8 §. 4 C. de bonis, quae liberis adq. 6, 61. Dieses Verfahren ist auch bei uns einzuschlagen, wenn der gesetzliche Nießbraucher die freie Verwaltung des Nießbrauchvermögens hat.

5) L. R. I, 21 §. 71.

6) Nach dem Präj. des Obertribunals 169 soll sich die Verpflichtung des Nießbrauchers nicht auf die Verzugszinsen erstrecken, welche sich aus vornießbrauchlichen Schulden in Folge späteren Verzugs des Proprietars ergeben. — Die Frage ist zu verallgemeinern. Haftet das Nießbrauchsvermögen aus vorehelichen Schulden, auch wenn eine nach Konstituirung des Nießbrauchs unterlaufende Verschuldung des Schuldners ein mitbestimmender Faktor ist? Wir müssen bejahen, da der letzte Grund einer solchen Verpflichtung immerhin in dem Kontrakt zu suchen ist, welcher der Konstituirung des Nießbrauchs vorausging.

7) L. R. I, 21 §. 75.

Digitized by Google

Dritter Titel.

Andere subjektiv persönliche Nutzungsrechte. Miethe und Pacht.

§. 288. Eingeschränkte persönliche Nutzungsrechte.

Neben dem umfassenden Rechte des Nießbrauchs schuf die römische Jurisprudenz bestimmte Arten eingeschränkter persönlicher Nutzungsrechte im usus, den operae servorum, der habitatio.[1] Ferner ließ man zu, daß solche Gerechtsame, welche regelmäßig als Prädialservituten vorkommen, wie Wegrechte, Wasserservituten zu Gunsten einer Person in unvererblicher Weise bestellt wurden, sogenannte irreguläre Personalservituten.[2] Das Letztere ist auch nach preußischem Recht möglich, jene besonderen Formen eingeschränkter Personalservituten aber sind in dasselbe nicht übergegangen.[3] Doch findet sich eine analoge Bildung, auf welche die Theorie des römischen usus Einfluß hatte.

Es hat nämlich unser Recht als besondre Art eines eingeschränkten persönlichen Nutzungsrechts das zur persönlichen Nothdurft bestellte ausgezeichnet.[4] Dasselbe charakterisirte sich durch die Unveräußerlichkeit des Genusses. Der Berechtigte ist daher nicht befugt, die gewonnenen Erzeugnisse zu veräußern, auch kann er nicht verpachten.[5] Folgerecht unterliegen solche Rechte auch nicht dem väterlichen oder ehemännlichen Nießbrauche und nicht der Beschlagnahme durch die Gläubiger. Wie weit der Berechtigte andre Personen, z. B. seine Familie, an Genuß Theil nehmen lassen kann, ist eine faktische Frage, welche das Landrecht besonders für den Fall bejaht, daß das Recht als Theil einer Besoldung eingeräumt wurde.[6] Zu der

---

1) Tit. Inst. de usu et habitatione 2, 5, D. de operis servorum 7, 7, de usu et habitatione 7, 8.

2) Vgl. l. 32 D. de usufructu 7, 1. l. 4, l. 6 D. de serv. pr. r. 8, 3. l. 6 D. de serv. leg. 33, 3. 14 §. 3 D. de alim. leg. 34, 1. A. Ansicht Cohnfeldt, die sogenannten irregulären Servituten 1862. Vergl. aber Windscheid I, §. 202 Anm. 2.

3) Auch das gemeine Recht kennt sie nicht, es gilt dies auch für den römischen Usus, nicht weil wir das Wort bei uns nicht anwenden, wie Savigny Beruf unserer Zeit S. 100 meinte, sondern deswegen, weil römische Observanz und Interpretation das Vermächtniß des Usus in einer Weise auslegte, die unseren Vorstellungen ganz fremd ist. Anderer Ansicht freilich wieder Windscheid I. §. 207 Anm. 6.

4) L. R. I, 19 §. 26 ff. Die ältere Theorie bezeichnete den römischen usus allgemein als das Recht, einer Sache zu seiner Nothdurft zu gebrauchen. Dagegen zuerst Thibaut Versuche I, 3.

5) Vgl. L. R. II, 15 §. 75: „Wem die Fischerei bloß zum häuslichen Gebrauch verliehen ist, der kann sie weder verpachten, noch mit den gefangenen Fischen Handel betreiben."

6) L. R. I, 19 §. 28. Die Römer nahmen bei ihrem usus an, daß der Regel nach der Usuar einer Wohnung auch die später gewonnene Familie mit sich zugleich

Digitized by Google

hier besprochenen Kategorie von Rechten sind gewisse Befugnisse des sogenannten Auszüglers zu rechnen.

Auch als vererbliche kommen solche Berechtigungen vor.

Als subjektiv persönliche Rechte auf einzelne Nutzungen einer Sache finden sich nicht selten Anrechte auf Weide oder Holzgenuß. Zum Theil waren dieselben ursprünglich Realgerechtsame, haben sich aber im Laufe der Zeit in subjektiv persönliche Rechte verwandelt. Sie sind häufig vererblich und veräußerlich.[7] Da solche Nutzungsrechte, wenn sie nicht an ein Grundstück geknüpft sind, keine eigentlichen Grundgerechtigkeiten bilden, so bedürfen sie zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung im Grundbuch.

§. 289. Superficiarische Rechte.[1]

Superficiarische Rechte sind Befugnisse zur ausschließlichen Verfügung über eine Raumsphäre in einem fremden Grundstücke, z. B. behufs eines Gebäudes oder eines einzelnen Stockwerks, eines Bodens oder auch einer Anpflanzung.[2] Solche Berechtigungen wurden vom Landrecht unter die Grundgerechtigkeiten gestellt,[3] gleichwohl sind sie, falls sie nicht an ein herrschendes Grundstück geknüpft sind, keine Prädialservituten, sie bilden vielmehr eine besondere Klasse subjektiv persönlicher Nutzungsrechte. Vom Nießbrauch unterscheiden sie sich dadurch, daß der Superficiar regelmäßig Eigenthümer der auf dem fremden Boden befindlichen Bauten oder Pflanzungen ist, daß ihm nicht die den Nießbraucher treffenden Verpflichtungen obliegen, daß endlich das Recht nicht an sich von der Lebensdauer des Berechtigten abhängig gemacht ist.

---

wohnen lassen dürfe, desgleichen Freigelassene und selbst Fremde. l. 2 §. 1 — l. 8 D. de usu 7, 8. Es ist dies eine Interpretationsregel, welche auf römische Anschauung gegründet, weder für das preußische, noch das gemeine Recht praktische Bedeutung hat.

7) Vgl. L. R. I, 22 §. 96. In Entsch. des O. Trib. Bd. 32 S. 40 wird eines vererblichen, subjektiv persönlichen Rechts auf den Gebrauch eines gewissen Kirchensitzes und der Möglichkeit des Erwerbs dieses Rechts durch Verjährung gedacht; Schauberg Zeitschrift für Zürcherisches Recht Bd. 4 S. 443 erwähnt eines durch Verkauf entstandenen, subjektiv-persönlichen dinglichen Rechts, auf der Kelter eines Nachbarhauses die Trauben aus einem Vierling Reben auszupressen.

1) L. R. I, 22 §. 243 ff. Tit. Dig. de superficiebus 43, 18. Zaun Archiv f. c. Pr. Bd. 43 S. 211 ff., vorzüglich aber Wächter, das Superficiar- oder Platzrecht in den Abhandlungen der Leipziger Juristenfakultät 1868 Bd. I, S. 1—248.

2) Das römische Institut der Superficies ist dadurch von dem unseren verschieden, daß der römische Superficiar an dem Gebäude kein Eigenthum haben konnte, da dasselbe schlechthin als Accession des Bodens galt, während bei uns das Baumaterial dem Superficiar auch während seiner Verbindung mit dem Boden gehören kann. — Ob die Römer eine Superficies bei Anpflanzungen anerkannt haben, ist zu bezweifeln. Im neueren Rechte findet sich eine solche öfter. Vgl. Wächter a. a. O. S. 53 ff. L. R. I, 22 §. 243 ff.

3) L. R. I, 22 §. 243. Ist das Recht Zubehör eines Grundstücks, besteht z. B. eine Gerechtigkeit für das Haus A auf den Bodenraum des anstoßenden Hauses B, so liegt eine Grundgerechtigkeit vor. Vgl. l. 6 §. 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

Digitized by Google

Das superficiarische Recht kann ein ganzes Gebäude, aber auch einzelne Theile eines Baues betreffen;[4] es kann dauernd oder für Zeit eingeräumt sein. In Folge des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850 ist jedoch bei uns richtiger Ansicht nach diejenige vererbliche Superficies unzulässig geworden, welche dem Bodeneigenthümer die Verfügung über die Raumsphäre seines Grundstücks total entziehen würde.[5] Daher wendete man die Bestimmung, welche das Obereigenthum des Guts- und Grundherrn aufhob und das nutzbare in volles Eigenthum verwandelte, mit Recht auf superficiarische Verhältnisse an, welche die gesammte Raumsphäre des belasteten Bodens dauernd in Anspruch nahmen, wie dies namentlich bei den zu superficiarischen Rechten ausgethanen Bauernhäusern in manchen Distrikten des Landes der Fall war.[6] Der Superficiar ist also hier voller Eigenthümer geworden. Das Ablösungsgesetz ist jedoch nicht zu beziehen auf die Superficies an öffentlichen Sachen, z. B. Straßen, Plätzen,[7] Festungsterrain, da zu unterstellen ist, daß das Gesetz auf die publicistischen Verhältnisse solcher dem gewöhnlichen Privateigenthume entzogenen Sachen nicht einwirken wollte. Zweifellos ist ferner, daß das Ablösungsgesetz diejenige Superficies nicht berührt, welche die Raumsphäre eines Grundstücks nur zum Theil in Anspruch nimmt, wie z. B. die an einem einzelnen Stockwerke bestehende. Endlich ist eine unvererbliche Superficies ganz unberührt geblieben.

Zur Begründung der Superficies bedarf es der Schriftlichkeit.[8] Ist das superficiarische Recht Pertinenz eines andern Grundstücks, erstreckt sich

---

4) Auch an einem Keller kann eine Superficies vorkommen, da auch er auf dem fremden Grund und Boden ruht. Seuffert Archiv Bd. 6, 152. Wächter a. a. O. S. 53.

5) Gesetz vom 2. März 1850 §. 91: „Bei erblicher Ueberlassung eines Grundstücks ist fortan nur die Uebertragung des vollen Eigenthums zulässig."

6) Dies ist allerdings Entsch. Bd. 32 S. 258 ff. zunächst vom Obertribunal für einen gemeinrechtlichen Landestheil erkannt. Ein Zweifelsgrund für das Gebiet des Landrechts ließe sich daraus entnehmen, daß das Landrecht I, 22 §. 243 die Superficies, wie bemerkt, nicht wie die herrschende gemeinrechtliche Lehre unter das dominium utile, sondern nach abweichender Auffassung — J. G. Siegel de jure superficiario reali quidem ad dominium utile vero haud trahendo, Lipsiae 1752 — unter die Grundgerechtigkeiten stellt, vgl. §. 7 des Gesetzes vom 2. März 1850. Der Absicht dieses Gesetzes gegenüber wird dies indessen nicht als durchschlagend anzusehen sein; die zunächst wirthschaftliche Angelegenheit sollte keinenfalls nach der verschiedenen juristischen Konstruktion der Superficies verschieden im landrechtlichen und gemeinrechtlichen Gebiet geregelt werden. A. Ansicht Förster III, §. 187 a. E.

7) Ein Beispiel bietet das Kroll'sche Etablissement in Berlin. Dasselbe beruht auf einem superficiarischen Rechte an einem Theile der Oberfläche des Thiergartens, welches zum Zwecke eines Vergnügungslokals vom Staate bewilligt wurde.

8) Der Vertrag kann Vermiethung oder Verpachtung, aber auch Kauf, Schenkung u. s. f. sein. Auch die Begründung durch Vermächtniß, sowie durch erwerbende Verjährung ist möglich.

Digitized by Google

z. B. der Keller des Hauses A unter dem Hause B, so ist, da hier eine wahre Grundgerechtigkeit vorliegt, die Eintragung im Grundbuche nicht erfordert. Ist dagegen die Superficies ein subjektiv persönliches Recht, so muß sie im Grundbuche eingetragen werden, um Wirksamkeit gegen Dritte zu haben.[9] Und zwar ist sie in der zweiten Abtheilung einzutragen. Wo sie jedoch die gesammte Raumsphäre des fremden Grundstücks einnimmt, pflegt die Eintragung auf dem Eigenthumsblatte zu geschehen und die Ansprüche des Eigenthümers des Bodens erscheinen nur in der zweiten Abtheilung des Blattes.

Der Superficiar hat das Recht, die abgebrannten, verfallenen oder sonst zerstörten Gebäude wieder aufzubauen, an Stelle der eingegangenen Bäume neue zu pflanzen und den Wald forstmäßig zu nutzen und zu verbessern.[10] Hingegen ist er an und für sich dem Grundeigenthümer zur Instandhaltung oder Herstellung der Superficies nicht verpflichtet.[11] Bildet bloß ein Theil eines Gebäudes, z. B. ein Stockwerk, den Gegenstand der Superficies, so verbindet sich stillschweigend mit der Superficies das Recht gegen die Eigenthümer der unterliegenden Stockwerke, daß sie dessen Stützen erhalten, und eine gleiche Verpflichtung besteht für den Superficiar gegenüber den Eigenthümern der oberliegenden Stockwerke.

Dem Superficiar liegt die Leistung eines Grundzinses an den Grundherrn häufig ob; immerhin aber nur dann, wenn diese Verpflichtung durch besondern Rechtstitel aufgelegt ist. Die auf dem Grundstücke ruhenden Abgaben und Lasten hat er zu entrichten, wenn die Raumsphäre des Grundstücks den Zwecken der Superficies total dienstbar ist, dagegen lasten sie auf dem Grundeigenthümer, wenn der Superficiar z. B. eines Stockwerks das Grundstück nicht ausschließlich für sich in Anspruch nimmt.[12]

Im Fall der Zerstörung der Superficies verfügt der Superficiar der Regel nach frei über deren Materialien, welche ihm bei uns der Vermuthung nach gehören.[13]

Das superficiarische Recht erlischt nach den allgemeinen Grundsätzen über Beendigung der dinglichen Rechte. Auch einseitige Dereliktion beendigt dasselbe, so daß der Superficiar von der etwaigen Verpflichtung der Bodenabgabe befreit wird, da dieselbe durch die Fortdauer des superficiarischen Rechts bedingt ist.[14]

---

9) Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 12.
10) L. R. I, 22. §. 245.
11) Wächter a. a. O. S. 40.
12) Anders Windscheid I. §. 223.
13) Anders nach l. 2 D. de superficiebus 43, 18.
14) A. Ansicht Windscheid I. §. 223 gegen Wächter a. a. O. S. 120 ff.

Digitized by Google

§. 290. Miethe und Pacht.[1]

Das Recht des Miethers oder Pächters wird bei uns dinglich mit Erwerbung des Miethbesitzes, so daß es auch an Grundstücken ohne Eintragung Wirkung gegen Dritte hat.[2 3] In dieser Dinglichkeit liegt eine Eigenthümlichkeit des preußischen Miethrechts, von Bedeutung für das System des Rechts, aber auch von tiefgreifender socialer Wichtigkeit.

Das römische Miethrecht setzte den Miether und Pächter in eine vollkommene Abhängigkeit vom Vermiether und Verpächter — dem Grundbesitzer. Diese Abhängigkeit wurde dadurch verwirklicht, daß man dem Miether und Pächter nur ein persönliches Recht gegen den Vermiether auf kontraktmäßige Ueberlassung der Miethsache zuschrieb und ihm jeden eignen Besitz an dieser Sache absprach. So hatte der Vermiether, dessen dingliches Recht an der Miethsache ungemindert blieb und welcher sogar deren Besitz während der Miethsache ungeschmälert fortsetzte, die Rechtsmacht, seinen Miether auch vor Ablauf der Kontraktzeit mittels Selbsthülfe oder durch die possessorischen Interdikte aus der Miethsache zu setzen,[4] während dem Miether nur die persönliche Klage gegen den wortbrüchigen Vermiether und zwar lediglich zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen offen stand.[5] Auch dann, wenn der Miether durch Dritte beunruhigt und gestört wurde, blieb ihm nur übrig,

---

1) L. R. I, 21. §. 258 ff. Tit. Inst. de locat. et cond. 3, 24. Dig. locati conducti 19, 2. Cod. de locato 4, 65.

2) Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 12 Abs. 2.

3) Anhang §. 56 zu L. R. I, 21. §. 401 bestimmt besonders: ist die Eintragung nicht ausdrücklich bewilligt worden, so ist ein Gutspächter die Eintragung des Pachtkontrakts auf das verpfändete Gut zu fordern nicht berechtigt. Die Quelle dieses Gesetzes ist das Konklusum der Gesetzkommission vom 15. December 1794. Als Grund wird in dem begleitenden Reskript vom 5. Januar 1795 angeführt, daß die bloße Existenz eines dinglichen Rechts — welches dem Pächter unzweifelhaft zustehe — zur Eintragung nicht hinreiche, daß vielmehr dazu, abgesehen von den gesetzlichen Hypotheken, die ausdrückliche Einwilligung des Schuldners und Besitzers erforderlich sei. Das Gleiche gilt demnach auch für die Miethe. Wird eine Eintragung besonders bewilligt, so soll sie keine Verstärkung der dinglichen Kraft der Miethe, sondern nur eine Kautionshypothek für die etwaigen Schadensansprüche des Pächters und Miethers, insbesondere wegen vorzeitiger Kündigung im Falle einer nothwendigen Subhastation gewähren. L. R. I, 21. §§. 355. 356; es steht jedoch nichts im Wege, durch ausdrückliche Eintragung den Mieth- und Pachtbesitz selbst zu sichern, Zahn in Behrends Zeitschrift Bd. 4 S. 35.

4) l. 3 §. 3 D. u. poss. 43, 17, l. 12 und l. 18 D. de vi 43, 16. Dernburg Pfandrecht II S. 65. Ziebarth die Realexekution und die Obligation S. 10 ff.

5) Dernburg d. ä. in seinen Abhandlungen S. 1 ff. nimmt an, die Römer hätten es als ein Naturale des Miethvertrags angesehen, daß der Vermiether vom Miether die Räumung der Miethsache auch vor Ablauf der Miethzeit, falls er veräußern wollte, gegen Entschädigung fordern könnte. Dies um deswillen, weil den Vermiether die Gefahr der Sache treffe, weshalb ihm die Befugniß zu freier Veräußerung nicht abgesprochen werden könne. Direkt beweisen läßt sich dieser Gedanke nicht, er ist aber auch für die Konstruktion des römischen Rechts entbehrlich.

Digitized by Google

Schutz bei seinem Vermiether zu suchen, welcher verpflichtet war, ihm die Sache während der Miethzeit zu gewähren.

Bei uns erhält der Miether und Pächter durch die Uebergabe unvollständigen Besitz und in Folge dessen possessorischen Schutz, zudem ein dingliches Recht und auf Grund desselben eine konfessorische Klage im Fall der Störung und Entsetzung.[6] [7] Daher nähert sich die Miethe dem Nießbrauche. Das allgemeine Landrecht bezeichnet als das wesentliche Unterscheidungsmerkmal die „eingeschränktere" Nutzungsbefugniß des Miethers.[8] In der That liegt jedoch der Unterschied vorzugsweise in der geringen Selbständigkeit der Miethe, namentlich in ihrer Abhängigkeit von der regelmäßigen Miethzinszahlung.

Die persönlichen Beziehungen zwischen Miether und Vermiether werden wir erst in der Lehre des Obligationenrechts darstellen, und dort auch die Begründung und Endigung der Miethsobligation behandeln.[9] Hier müssen wir auf das Verhältniß des Miethers und Pächters zu dritten Erwerbern der jenen überlassenen Sache näher eingehen.

§. 291. Veräußerung der Miethsache durch den Vermiether und Verpächter.[1]

Gemeinrechtlich gilt der Spruch: Kauf bricht Miethe. Das heißt: der Käufer, welchem vom Veräußerer der Besitz der vermietheten Sache übertragen wird, ist durch die Miethe nicht gebunden und es bleiben dem Miether, dem der Kontrakt nicht ausgehalten wird, nur Entschädigungsansprüche gegen seinen Vermiether.[2] Das preußische Recht löst beim freiwilligen Verkauf den Konflikt in entgegengesetztem Sinne; es nöthigt den Käufer, den Miether und Pächter während der Miethzeit im Miethbesitz zu belassen. Und nicht bloß zu einem Dulden ist der Käufer gehalten; vielmehr tritt er in die persönlichen Pflichten des Vermiethers ein, wie er auch dessen Rechte über-

---

6) Ueber älteres deutsches Recht vgl. Arnold zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten 1861 S. 192 ff. Ziebarth S. 224 ff.

7) Ehe der Miether in den Besitz gesetzt ist, hat er ein Recht zur Sache; dies wirkt jedoch nach dem jetzigen Grundbuchrechte nicht gegen den eingetragenen Eigenthümer, vgl. oben §. 185; kommt es zur nothwendigen Subhastation der gemietheten Sache, so kann dasselbe nicht gegen den Adjudikatar geltend gemacht werden.

8) L. R. I, 21. §§. 22. 23, Ueberschrift zum dritten Abschnitt des Titels I, 21 vor §. 227.

9) Vgl. unten Bd. 2 §. 166 ff.

1) Colberg die Rechtsparömie: Kauf bricht Miethe, in Scherings Archiv Bd. 1 S. 1 ff. Ziebarth a. a. O. insbesondere S. 142 ff. S. 316 ff. Gruchot Bd. 17 S. 547 ff.

2) l. 25 §. 1. l. 32 D. locati 19, 2. l. 59 §. 1 D. de usufr. 7, 1. l. 9 C. de locato 4, 65.

Digitized by Google

nimmt.[3] In dieser Weise hat die preußische Jurisprudenz die Vorschrift des Landrechts aufgefaßt und ausgebildet, wonach durch einen freiwilligen Verkauf an den Rechten und Pflichten des Miethers oder Pächters nichts geändert werde.[4] Denn bereits die vorlandrechtliche Gesetzgebung erklärte für Berlin im Reskript vom 15. April 1765 die dem Käufer auferlegte Pflicht, den Miethkontrakt zu halten, dahin, daß derselbe für die noch übrige Miethzeit in die Verbindlichkeiten, aber auch in die Rechte seines Verkäufers trete.[5]

Natürlich knüpft sich die Uebertragung aber nicht an den Kaufkontrakt allein, sondern erst an den ihm folgenden Eigenthumserwerb, beruhe derselbe nun auf Besitzübertragung oder Auflassung.

Hervorzuheben ist:

1. Der Uebergang der aus dem Miethkontrakte entspringenden Rechte des Veräußerers auf den Käufer ist als eine im Veräußerungsvertrag bewilligte Cession zu behandeln.[6] Dieselbe erstreckt sich nicht auf die rückständigen vor der Uebergabe oder der Auflassung der Miethsache fällig gewordenen Pacht- oder Miethzinsen, da der Käufer auch die vom Verkäufer seit Abschluß des Vertrags bis zur Uebergabe percipirten Naturalfrüchte bei uns nicht zu beanspruchen hat.[7] Vielmehr begreift die Abtretung nur den Theil des Miethzinses, welcher auf die Zeit nach dem Eigenthumsübergange entfällt. Auch dies nur, soweit sich der Miether nicht bereits gegenüber dem Veräußerer gültiger Weise liberirt hat.[8] Hat also der Verkäufer künftig fällige Miethzinsen vor der Veräußerung einkassirt, sind sie durch Aufrechnung getilgt[9] oder Dritten abgetreten, so kann sie der Käufer nicht in Anspruch

---

3) Zur Vergleichung kann der Satz herangezogen werden, wonach bei Veräußerung eines Vermögens oder Vermögenskomplexes die zugehörigen Forderungen und Schulden auf den Erwerber übergehen; oben §. 60. Indessen bezieht sich der Uebergang auf den Käufer der Miethsache nicht auf rückständige Rechte und bereits fällige Entschädigungspflichten des Verkäufers, wie anzunehmen wäre, wenn jener Satz eingriffe.

4) L. R. I, 21. §. 358. Entsch. des O. Trib. Bd. 25 S. 427 ff.

5) N. C. C. III p. 673.

6) So auch Gruchot Bd. 17 S. 552. Dagegen die dort angeführten Entscheidungen des Obertribunals.

7) Zu beachten ist die Vorschrift von L. R. I, 11. §. 106: Pacht- und Miethzinsen werden zwischen dem Käufer und Verkäufer nach Verhältniß ihrer Besitzzeit getheilt. An Stelle der Besitzzeit wird jetzt auch hier bei Grundstücken die Auflassung treten müssen.

8) Hinschius Anwaltszeitung 1862 S. 191. Striethorst Archiv Bd. 3 S. 187. Bd. 41 S. 253 ff.

9) Nach Striethorst Bd. 69 S. 6 ff. hat das Obertribunal erkannt, daß sich der Käufer die Kompensation von Gegenforderungen an den Verkäufer aus der Zeit vor dem Kaufe nur insoweit gefallen lassen müsse, als der Pachtkontrakt solche Abrechnung ausdrücklich in Aussicht nimmt. Es ist dies zu eng: soll der freiwillige Ver-

Digitized by Google

nehmen, es bleibt ihm nur, wenn er nicht unterrichtet war, der Regreß gegen den Verkäufer. Weiter aber ist, ähnlich wie im Fall einer Cession, auch anzunehmen, daß die zwischen Miether und Vermiether vorgefallenen Verhandlungen nach der Sachveräußerung gültig sind, so lange dem Miether der Eigenthumsübergang nicht gehörig bekannt gemacht ist,[10] es sei denn, daß dieser die stattgehabte Tradition oder Auflassung anderweit kannte und gleichwohl doloserweise sich noch mit dem Veräußerer in jene Verhandlungen einließ.[11]

2. Auf den Käufer gehen alle Verbindlichkeiten seines Rechtsvorfahrs aus Miethe und Pacht über, welche dem Miether oder Pächter noch kontraktmäßig zu erfüllen sind,[12] und zwar gilt dies nicht bloß für die unmittelbar nach dem Gesetze entspringenden Verbindlichkeiten, sofern sie sich als Mieth- und Pachtverbindlichkeiten charakterisiren. Es gehört hierher unter Anderm die Verpflichtung zur Herstellung von Gebäuden, Fabriken, zu welcher sich der Verpächter dem Pächter besonders verbunden hat. Ob auch die Pflicht der Rückgabe einer Pachtkaution? Dies ist wohl zu verneinen, da hierin eine accessorische, aber nicht direkt dem Pachtgeschäft zugehörige Verbindlichkeit liegt.[13]

Die Verpflichtungen des Rechtsvorfahrs gehen auf den Käufer auch über, wenn er sie beim Erwerb nicht kannte. Wirkte der Pächter zu einer Täuschung des Käufers über den Umfang dieser Pflichten mit, so steht dem letztern natürlich eine exceptio doli offen.

Welche Rechte haben Miether und Pächter gegen den ursprünglichen Mitkontrahenten? Die Erfüllung selbst müssen sie vom Käufer, an welchen das Recht den Miether und Pächter weist, fordern. Ist diese aber vom

---

kauf, wie dies das Gesetz will, an den Rechten und Pflichten des Miethers nichts ändern, so können ihm seine Anrechte auf Kompensation überhaupt nicht durch Veräußerung entzogen werden.

10) L. R. I, 11. §. 413. Eine gehörige Bekanntmachung ist anzunehmen a) wenn der Vermiether dem Miether die Veräußerung anzeigte, b) wenn der Käufer die Anzeige der Veräußerung macht und längstens die Richtigkeit seiner Angabe innerhalb dreier Tage bescheinigt. Doch kann die bloße Anzeige des Käufers nicht ausreichen, wenn der Miether ein Interesse zur sofortigen Zahlung an seinen ursprünglichen Vermiether hat, z. B. weil an die Verabsäumung des Termins das Recht zur Exmission des Miethers geknüpft ist.

11) L. R. I, 11. §. 417.

12) Entschädigungsansprüche wegen Nichterfüllung des Kontrakts durch den Vermiether aus der Zeit vor der Veräußerung sind dem Käufer gegenüber mit der Kontraktsklage nicht geltend zu machen. Dagegen kann der Miether und Pächter sein Retentionsrecht — L. R. I, 21. §. 396 — auch gegenüber dem Käufer vorschützen.

13) Wäre im Pachtkontrakt die Klausel aufgenommen, daß der Pächter berechtigt sei, das Pachtgut nach Belieben für einen gewissen Preis als Eigenthum zu behalten, so würde diese Klausel den Käufer an sich nicht binden.

Digitized by Google

Singularsuccessor nicht zu erlangen, dann können sie ihre Interesseforderung auch gegen den ursprünglichen Vermiether geltend machen, welcher durch die Veräußerung der Miethsache nicht ausschied, vielmehr verhaftet bleibt, bis die Miether oder Pächter ihn seiner Verpflichtung entließen oder wenigstens den Käufer als nunmehr alleinigen Verpflichteten ausdrücklich oder stillschweigend annahmen.[14] Dagegen wird der Käufer, welcher in die Verbindlichkeiten gegen den Miether nur durch Kauf eintrat, derselben durch Weiterverkauf bezüglich später fällig werdender Ansprüche entledigt.

3. Wie gestaltet sich das Verhältniß, wenn von der vermietheten oder verpachteten Sache Trennstücke abverkauft wurden? Die Eigenthümer müssen in solchem Falle über eine Theilung des Pachtzinses übereinkommen oder, so lange dies nicht geschehen ist, einen gemeinsamen Bevollmächtigten für die Annahme der Pachtgelder bestellen. Unterblieb Beides, so steht dem Pächter frei, den Pachtzins zu deponiren. Umgekehrt haftet Jeder der Miteigenthümer dafür, daß der von ihm besessene Theil dem Pächter gemäß dem Vertrage zur Nutzung gewährt werde. Wie aber steht es mit Leistungen anderer Art, z. B. Vornahme einer Anlage durch den Vermiether? Es werden hierfür sämmtliche Miteigenthümer solidarisch einzustehen haben.

4. Die Rechte und Pflichten, welche das Gesetz dem Miether und Pächter im Falle des freiwilligen Verkaufs giebt, stehen ihm ohne Zweifel auch bei andern freiwilligen Veräußerungen der Miethsache zu, z. B. bei Schenkungen, Vermächtnissen, in Fällen des gesetzlichen Eigenthumsübergangs, z. B. durch eine gütergemeinschaftliche Ehe. Dagegen kann Miethe und Pacht gekündigt werden, wenn das Eigenthum des Vermiethers oder Verpächters in Folge einer ihm zur Zeit des Miethkontrakts anhaftenden Nebenbestimmung, z. B. eines Endtermins, einer auflösenden Bedingung aufhört.[15]

Nothwendige gerichtliche Veräußerungen berechtigen zur Aufkündigung auch innerhalb der Kontraktszeit.[16] [17] Es gehören hierher gerichtliche Ver-

---

14) Eine wissenschaftliche Erörterung der bezüglichen Fragen fehlt. Die Entscheidungen des O. Trib. sind nicht ganz mit einander übereinstimmend. Aehnlich spricht sich aus Striethorst Bd. 51 S. 183. Dagegen früher ebendaselbst Bd. 25 S. 28; am entschiedensten ist Bd. 44 S. 93.

15) L. R. I, 21. §. 388. Die Frage, ob ein von dem Ehemanne über ein eingebrachtes Grundstück der Ehefrau geschlossener Miethskontrakt die Ehefrau nach getrennter Ehe verpflichte, ist bestritten. Dagegen Präj. des O. Trib. 770. Die Frage ist im Familienrechte zu behandeln.

16) L. R. I, 21. §. 350 ff. Es ist dies ein Ausnahmerecht zu Gunsten der Gläubiger, vorzugsweise im Interesse des Realkredits geschaffen. Vgl. Zahn in Behrends Zeitschrift Bd. 4 S. 32.

17) Geschah die Vermiethung oder Verpachtung nach der Beschlagnahme, insbesondre nach Eintragung des Subhastationsvermerks, so muß der Pächter oder Mie-

Digitized by Google

äußerungen im Wege der Exekution zur Beitreibung von Geldforderungen; ihnen stehen die von der Konkursmasse veranstalteten Veräußerungen von Masseobjekten gleich,[18] wenn sie auch aus freier Hand geschehen. Auch die vom Beneficialerben beantragte gerichtliche Versteigerung gilt als nothwendige.[19] Die Theilungshalber von einem der Miteigenthümer beantragte Subhastation giebt ein Kündigungsrecht nur in dem nicht leicht vorkommenden Falle, in welchem ausschließlich der ideelle Antheil des Provokaten vermiethet oder verpachtet ist.[20]

Die Aufkündigung, durch welche im Fall nothwendiger Subhastation die Miethe und Pacht beendigt wird, kann nach Einleitung des Verfahrens bis zur Versteigerung durch Jeden der bei der Subhastation interessirten Gläubiger und nach dem Zuschlag bis zum nächsten gesetzlichen Kündigungstermin durch den Ersteher geschehen.[21] Die Räumungsklage steht nur dem Ersteher selbst zu. Der Miether hat mit Ablauf des Vierteljahrs zu räumen, welches dem Quartal des Zuschlags folgt; der Pächter mit Beendigung des kontraktlichen Pachtjahrs nach dem Zuschlage, doch müssen mindestens sechs Monate von der Aufkündigung bis zur Räumung verstrichen sein.[22] Die einmal erfolgte Kündigung kann nur mit Zustimmung des Miethers oder Pächters zurückgenommen werden; ein selbständiges Kündigungsrecht[23] erlangt dieser durch die Subhastation nicht.

Während der Räumungsfrist setzt sich die Miethe zwischen Adjudikatar und Miether oder Pächter fort. Der erstere hat daher den Anspruch auf einen entsprechenden Theil des Mieth- oder Pachtzinses. Andererseits beschränken sich aber die Ansprüche des Miethers und Pächters während der Räumungsfrist ausschließlich auf die Verstattung der Fortsetzung des Miethbesitzes, während andere besondere Verbindlichkeiten aus dem Kontrakt auf

---

ther den Realberechtigten schlechthin weichen, so daß dieselben Sequestration der Sache und Exmission des Pächters oder Miethers fordern dürfen. Striethorst Bd. 84 S. 8.

18) Konkursordnung §. 18; unten Bd. 2 §. 119 unter 3. Sofern die Kündigung unterbleibt, tritt die Konkursmasse in die Rechte, aber auch in die Pflichten des ursprünglichen Vermiethers. Vgl. freilich auch Ziebarth a. a. O. S. 319.

19) Subhastationsordnung vom 15. März 1869 §. 112 unter 1.

20) Subhastationsordnung vom 15. März 1869 §. 112 unter 2. §. 113 sub 1 oben §. 224. Anders der Plenarbeschluß des Obertribunals vom 7. Juni 1841 Präj. n. 1014, worauf denn in ähnlicher Richtung wie die jetzige Subhastationsordnung die V. vom 11. Aug. 1843 §. 1 die Sache regelte.

21) L. R. I, 21. §. 357. Striethorst Archiv Bd. 41 S. 322. Ulrich Archiv Bd. 6 S. 573 ff. Ueber die Kündigung durch den Ersteher vgl. Entsch. des O. Tr. Bd. 77 S. 31. Striethorst Bd. 95 S. 273.

22) L. R. I, 21. §. 350 ff. Striethorst Archiv Bd. 5 S. 138 ff.

23) L. R. I, 21. §. 357. Der Miether im engeren Sinne kann im Falle der Kündigung schon mit Ablauf des Vierteljahrs, in welches der Zuschlag fiel, die Miethe aufgeben. L. R. I, 21. §. 354.

Digitized by Google

den Adjudikatar nicht übergehen. Denn dem Miether oder Pächter soll eben nur Zeit zur Räumung gelassen werden.

Ist dem Miether oder Pächter in Folge der nothwendigen Subhastation vor Ablauf des Kontrakts gekündigt, so hat er Entschädigungsansprüche nur gegen den Vermiether oder Verpächter oder dessen Konkursmasse.[24] Auch die Eintragung seines Rechts im Grundbuche verleiht ihm in der Regel nichts anderes als eine Kautionshypothek für diese Schadensansprüche. Sie hat daher unter Zufügung eines Maximalbetrags zu geschehen und gewährt bis zu diesem Maximum ein Recht auf die Kaufgelder der subhastirten Sache.[25]

Vierter Titel.

Die Grundgerechtigkeiten.[1]

§. 292. Grundsätze.

Das deutsche Recht hatte zur Zeit des ausgehenden Mittelalters zahlreiche an Grundstücke geknüpfte Realrechte der umfassendsten und weitgehendsten Art entwickelt, was sich theils aus seiner Tendenz, die Grundstücke zum Träger und Mittelpunkt von Vermögensrechten zu machen, erklärt, zum Theil auch aus den damaligen wirthschaftlichen Verhältnissen ergab, da der wenig intensiven Landwirthschaft mit dem Eigenthum konkurrirende dingliche Rechte nicht als drückend erschienen. Dagegen hatte die römische Jurisprudenz die Grundgerechtigkeiten, d. h. die an ein Grundstück geknüpften Rechte der Benutzung eines andern Grundstücks, durch Rechtsregeln zwingenden Charakters im Interesse möglichster Unversehrtheit des Eigenthums in die engsten Grenzen eingeschlossen. Wenn man nun auch bei der Reception des römischen Rechts die Theorie der Prädialservituten im Allgemeinen übernahm, so hat man doch dem überkommenen Rechtszustande gegenüber jene beschränkenden Rechtsregeln theils ganz beseitigt, theils nur für den Fall aushülfsweise

---

24) L. R. I, 21. §. 355. Nur im Fall von dolus oder culpa lata des Vermiethers hat der Miether Anspruch auf entgangnen Gewinn nach Striethorst Bd. 95 S. 135.

25) Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 40 S. 153. Förtsch bei Gruchot Bd. 9 S. 160. L. R. I, 21. §§. 355. 356.

1) L. R. I, 22 „Von Gerechtigkeiten der Grundstücke gegeneinander." Korte über Grundgerechtigkeiten in Ulrichs Archiv Bd. XI S. 282—440. Tit. Inst. de serv. pr. 2, 3. Tit. Dig. lib. 8, Cod. de servitutibus et aqua 3, 34. Glück X 1 ff. Elvers römische Servitutenlehre §. 15—19. §. 36—39. Schrader Abhandlungen n. 5. Wie kam man auf die vielen auffallenden Sätze bei den dinglichen Dienstbarkeiten?

Digitized by Google

angewendet, wenn eine entgegengesetzte Parteiabsicht nicht erhellte. Auf dieser Entwicklung ruht das preußische Recht.

1. Eigenthümlich war der römischen Servitutentheorie die Anforderung einer causa perpetua, welche auf das herrschende, wie das dienende Grundstück Bezug hatte. Hiernach mußte die Servitut einem dauernden Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks entsprechen, nicht aber bloß persönlichen Verhältnissen, z. B. dem besondern Gewerbe oder subjektiven Neigungen des jetzigen Eigenthümers zu Gute kommen. Andrerseits mußte aber auch das dienende Grundstück die fraglichen Vortheile dauernd vermöge seiner innern Beschaffenheit gewähren können, so daß es nicht genügte, wenn dieselbe ihre Basis in Veranstaltungen hatte, welche von der Thätigkeit des Eigenthümers der dienenden Sache abhängig waren.[2]

Unser Recht hat dieses Erforderniß nicht festgehalten.[3] Es ist zulässig, eine Prädialservitut zu begründen, welche dem derzeitigen Eigenthümer der herrschenden Sache, z. B. bei seinem Gewerbe- oder Fabrikbetrieb dient, keineswegs aber für das Grundstück unter allen Umständen werthvoll ist.[4] Nicht weniger kann eine Grundgerechtigkeit zur Aneignung von solchen Vortheilen bestellt werden, welche nicht in der natürlichen Beschaffenheit der dienenden Sache wurzeln, vielmehr künstliche Anlagen auf demselben oder Handlungen ihres Besitzers voraussetzen.[5]

2. Nach römischem Rechte hatte — dies war eine Konsequenz des Erfordernisses der perpetua causa — die Servitut ihre nothwendige Begrenzung in dem Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks. Beispielsweise war eine Grundservitut zur Gewinnung und Fabrikation von Töpfererde nicht zulässig zum Verkauf, sondern nur statthaft zur Produktion des Bedarfs des

---

2) l. 28 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2. Was dauernden Verhältnissen des herrschenden Grundstücks entspricht und was nur den persönlichen Interessen des Besitzers dient, konnte die römische Jurisprudenz nur approximativ nach den Verkehrsanschauungen der Zeit bestimmen. Zu der zweiten Klasse zählte man pomum decerpere, spatiari, cenare in alieno. l. 8 pr. D. de serv. 8, 1; aber auch das Recht zum Ablauf des Spülwassers l. 28 pr. D. de s. p. u. 8, 2. — Umgekehrt verneinen die Römer die Zulässigkeit der Bestellung einer Wassergerechtigkeit an einer Cisterne wegen Mangels der causa perpetua. Vgl. u. A. l. 1 §. 4 D. de fonte 43, 22.

3) Auch für das gemeine Recht ist gegen die Geltung des Requisits der causa perpetua Schmidt in Bekkers Jahrbuch III S. 264 Anm. 28; dem widerspricht u. A. Windscheid I, §. 209 Anm. 8. Vgl. Seuffert Archiv Bd. 8, 17.

4) Es ist z. B. richtiger Ansicht nach möglich, eine Weggerechtigkeit zu Gunsten eines Hauses zu erwerben für Fuhren nach Aeckern, welche der Landbau treibende Hausbesitzer bloß gepachtet hat. Anders bei Gruchot Bd. 1 S. 275 ff.

5) Striethorst Archiv Bd. 42 S. 240 erwähnt das Recht, Felle auf der Mühlenwalke eines Andern gegen eine gewisse Vergütung zu walken.

Digitized by Google

herrschenden Grundstücks, insbesondere zum Versandt von Gutserzeugnissen.[6] Bei uns ist diese Beschränkung keine nothwendige mehr. Es finden sich daher nicht selten Grundgerechtigkeiten, wonach bestimmte Quantitäten Holz oder Torf,[7] oder Steine zu beliebiger Verwendung, insbesondere also auch zum Verkauf aus der dienenden Sache entnommen werden können.

Der römische Grundsatz hat nur in soweit Einwirkung geübt, daß sich im Zweifel das Maaß einer unbestimmten Servitut nach dem Bedürfniß des herrschenden Grundstücks richtet. So bei unbestimmten Holzungsberechtigungen,[8] ferner bei Waldstreuberechtigungen und anderen der Dungerzeugung dienlichen Rechten und bei Torfnutzungen. Das Bedürfniß wird — namentlich bei den Gerechtigkeiten zum Zwecke der Feuerung und der Düngung[9] — der Art bestimmt, daß die eigenen Mittel des berechtigten Gutes vorher abgezogen werden.

Das herrschende und das dienende Grundstück werden meist benachbart sein. Rechtliches Erforderniß ist aber deren nachbarliche Lage nicht, wie im römischen Rechte.[10] Zulässig ist z. B. eine Servitut, wonach dem Flusse, der unser Grundstück mit der Ueberschwemmung bedroht, Seitens eines der Oberlieger ein gewisser Wasserlauf nicht zugeführt werden oder der Besitzer eines entfernten Waldes sein Holz an unserer Landungsstätte landen darf.

§. 293. Verhältniß der Servitut zum Eigenthum.

1. Die Servitut geht in ihrer Sphäre dem Eigenthum vor. Daher erleidet eine Servitut von bestimmtem Umfange, z. B. das Recht auf eine

---

6) l. 6 D. de serv. pr. rust. 8, 3: sed si, ut vasa venirent, figulinae exercerentur, ususfructus erit. l. 5 §. 1 D. eod.

7) Vgl. z. B. Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 §. 55.

8) L. R. I, 22. §. 203.

9) Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 §. 52. Nach Art. 4 des Ergänzungsgesetzes vom 2. März 1850 kommen zwar im Falle der Ablösung solcher Gerechtsame die eigenen Mittel des berechtigten Gutes in Anrechnung; es werden aber den Berechtigten gehörige Torflager, welche zur Zeit der Anbringung des Ablösungsantrags noch nicht aufgedeckt waren, nicht berücksichtigt. — Reichen die eigenen Mittel der Berechtigten zu seinen Bedürfnissen aus, so wird sich die Abfindung gleich Null stellen. Striethorst Arch. Bd. 79 S. 219.

10) Die alte römische Jurisprudenz hatte das Axiom entwickelt praedia vicina esse debent, wobei man Aneinanderstoßen der Grundstücke forderte. cf. l. 38 D. de serv. pr. r. 8, 3. Dies wendete man selbst auf Servituten zur Gewinnung von Gutsprodukten wie calcis coquendae, cretis eximendae an, obgleich hier die Beschränkung wenig innern Grund hatte. l. 5 §. 1 D. de serv. pr. r. 8, 3. Zwar hat man in der Kaiserzeit, dem praktischen Bedürfniß nachgebend, bei gewissen Servituten einen mäßigen Zwischenraum zwischen den Grundstücken nicht als schlechthin hindernd erachtet. l. 8 pr. D. de o. n. n. 39, 1. Doch geschah dies nur zögernd und nicht durchgreifend. l. 38 D. de serv. pr. r. 8, 3. Wenn Neuere die Vicinität dahin formuliren, die Lage der Grundstücke müsse der Art sein, daß sie die Benutzung des einen für das andere ermögliche, so liegt hierin eine Abschwächung des römischen Gedankens, welche denselben im Grunde verflüchtigt.

Digitized by Google

gewisse Quantität Holz oder das Behutungsrecht mit einer bestimmten Zahl Vieh, keine Verkürzung, wenn sich der Ertrag der dienenden Sache so vermindert, daß der Eigenthümer derselben nichts übrig behält. Dagegen in dem Falle, daß der Umfang der Servitut ein unbestimmter und ihr nicht besonders der Charakter der Ausschließlichkeit beigelegt ist, erachtete die herrschende gemeinrechtliche Doktrin den im Eigenthumsrecht an sich liegenden Anspruch auf die entsprechende Nutzung nicht als beseitigt, so daß Theilung eintreten mußte.[1] Diese Auffassung ist auch bei uns theils durch Gesetz, theils durch Praxis recipirt worden, nicht immer im Einklang mit der Absicht, welche wir bei der ursprünglichen Begründung einer solchen unbestimmten Servitut unterstellen dürfen.

Insbesondre hat der Eigenthümer eines mit einer unbestimmten Weidegerechtigkeit belasteten Grundstücks der Regel nach das Recht der Mithut,[2] ferner der Eigenthümer eines Privatflusses das Recht zur Fischerei neben demjenigen, welcher eine Fischereigerechtigkeit an dem Flusse erworben hat.[3 4] Auch geht der Eigenthümer dieses konkurrirenden Rechts durch bloßen *Nichtgebrauch* nicht verlustig, da es einen Ausfluß seines Eigenthums bildet; er verliert dasselbe nur, wenn der Servitutberechtigte ein *Verbietungsrecht* erworben hat.[5]

---

1) Neuere Romanisten bekämpfen den Satz als nicht im römischen Recht begründet. Bangerow I. §. 340 Anm. 2. n. 4. Windscheid I. §. 209 Anm. 13 gegen Glück Bd. 10 S. 180 ff. und dort Citirte. Seuffert Erört. II S. 46 ff. Aber der Hauptgrund Bangerow's, daß eine unbestimmte Servitut von den Römern nach den Bedürfnissen des herrschenden Grundstücks bemessen worden sei, ist nicht überzeugend. Denn die Servitut fand zwar in diesem Bedürfnisse ihre *Maximalgrenze*, kann aber andererseits ohne Zweifel auch hinter derselben zurückbleiben. Die Quellen sprechen den Grundsatz der Theilung mit dem Eigenthümer zwar nicht allgemein aus, sind ihm aber doch günstig. So ganz unbegreiflich, wie Bangerow meint, ist es nicht, daß man sich für denselben auf die l. 6 C. de servit. 3, 34 berufen hat. Allerdings ist hier von einem Falle die Rede, wo ein Nachbar contra statutam consuetudinis formam eine größere Wassermasse in Anspruch nahm, als das dienende Grundstück entbehren konnte; aber dieser Gebrauch wird eben aus dem allgemeinen Gedanken hergeleitet, es sei durum et crudelitati proximum, ex tuis praediis aquae agmen ortum sitientibus agris tuis ad aliorum usum vicinorum injuria propagari. Die l. 13 §. 1 D. comm. praed. 8, 4 deutet wenigstens einen verwandten Gesichtspunkt an.

2) S. R. I, 22. §. 89.

3) Vgl. oben §. 230 Anm. 7.

4) Der Eigenthümer, welcher die Entnahme von Lehm zur Ziegelerde als Grundgerechtigkeit eingeräumt hat, ist berechtigt, gleichfalls Ziegel zu brennen, jedoch nur zu eigenem Bedarf, da er andernfalls die Servitut mit Untergang bedrohen würde. Striethorst Bd. 82 S. 300 ff.

5) Ob der Eigenthümer der dienenden Sache dieses Mitgebrauchsrecht an einen Dritten in Form einer Grundgerechtigkeit überlassen darf, hängt davon ab, ob hierdurch der Servitutberechtigte keinen Nachtheil erleidet.

Digitized by Google

2. Der Inhalt der Servitut kann bei uns, wie nach römischem Recht, nicht in einer dem Berechtigten zu machenden Leistung bestehen.[6] Doch ist die Tragweise dieses Satzes eine andre als in Rom. Während es dort rechtlich unmöglich war, den jeweiligen Eigenthümer einer Sache mit der Verpflichtung zu einem Thun zu belasten, steht bei uns die rechtliche Geltung einer solchen Belastung nicht in Frage. Sie bildet nur keine Servitut, sondern eine Reallast.[7] Ferner aber hat das römische Recht für unzulässig erachtet, den jeweiligen Eigenthümer der dienenden Sache auch nur zu einer unterstützenden Thätigkeit zu verbinden,[8] so daß ihm mit einer einzigen Ausnahme die zur Ausübung der Servitut erforderte Instandhaltung der dienenden Sache nicht aufgelegt werden konnte. Bei uns ist eine solche Mitwirkung des Eigenthümers der dienenden Sache zulässig[9] und kommt häufig vor, wenn sie auch an sich nicht vermuthet wird.[10] Namentlich gilt der Eigenthümer der dienenden Sache zu deren Instandhaltung verpflichtet, wenn die Servitut durch lästigen Vertrag bestellt wurde; er hat ferner zu derselben beizutragen, wenn er die Nutzung neben dem Servitutberechtigten beansprucht.[11] Auch die Reparaturpflicht einer Mauer, welche einen fremden Bau zu tragen hat, liegt dem Eigenthümer der Mauer ob.[12] Der Holzungsberechtigte endlich kann ordentliche Bewirthschaftung des Waldes und Wiederanpflanzung der Holzarten, auf welche er ein Recht hat, vom Eigenthümer des Forstes fordern.[13]

Bei manchen Servituten, z. B. bei der Waldstreuberechtigung, bei dem Rechte, aus fremdem Boden Materialien zu entnehmen, auch bei Holzungsgerechtigkeiten ist der Eigenthümer der belasteten Sache wenigstens zu einer

---

6) l. 15 §. 1 D. de servit. 8, 1 servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, velut viridia tollat . . . sed ut aliquid patiatur aut non faciat. l. 12 D. de annuis legatis 33, 1.

7) Daher ist die rechtliche Behandlung eine verschiedene. Grundgerechtigkeiten haben gegenüber dritten Erwerbern der Sache Wirksamkeit auch ohne Eintragung. Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 12. Reallasten bedürfen zur Wirksamkeit gegen Dritte regelmäßig der Eintragung. Reallasten ferner unterliegen dem Ablösungsgesetz vom 2. März 1850, welches auf Servituten nicht anwendbar ist.

8) l. 6. §. 2 D. si serv. vind. 8, 5 in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cujus res servit. l. 11 §. 1 D. comm. praed. 8, 4.

9) Auch gemeinrechtliche Praktiker nehmen an, der Eigenthümer könne durch besondere Feststellung zum Instandhalten des dienenden Grundstücks für die Ausübung der Dienstbarkeit verpflichtet werden. Vgl. Holzschuher Casuistik II §. 111 sub 12.

10) L. R. I, 22. §. 30.

11) L. R. I, 22. §§. 35. 36.

12) L. R. I, 22. §. 56.

13) L. R. I, 22. §§. 230. 232.

Digitized by Google

vorgängigen Anweisung der Distrikte, in welchen das Recht auszuüben ist, also in gewissem Sinne gleichfalls zu einer Thätigkeit verbunden.[14]

3. Der volkswirthschaftliche Nutzen der Servituten wird dadurch bedingt, daß ihr Vortheil für das herrschende Grundstück ihren Nachtheil für das dienende überwiegt. Demgemäß ist es Aufgabe des Rechts, diese Nachtheile, soweit es mit den wesentlichen Zielen der Servitut verträglich ist, zu mildern. Dasselbe fordert hiernach allgemein die thunlichst schonende Ausübung der Servitut durch den Berechtigten. Insbesondere steht dem Eigenthümer der dienenden Sache frei,[15] die Ausübung der Servitut auf einen besondern Theil des dienenden Grundstücks zu beschränken, sofern dies ohne Verkürzung des Berechtigten möglich ist, was vorzugsweise bei Wegerechten und Wasserleitungen,[16] aber auch bei Weidegerechtigkeiten und anderen ländlichen Servituten der Fall sein kann.[17] Durch diese Verweisung wird nicht das Recht selbst, sondern nur dessen Ausübung auf den angewiesenen Theil beschränkt. Wird diese daher später auf demselben unthunlich, so kann der Berechtigte immer noch andere Theile der dienenden Sache in Anspruch nehmen. Es kann auch der Eigenthümer der dienenden Sache eine Verlegung auf andere dem Servitutberechtigten gleich gut gelegene Theile erwirken, falls ihm dies neu eintretende Verhältnisse vortheilhaft machen.[18] Die Verweisung der Servitut auf ein von dem belasteten verschiedenes Grundstück bedarf regelmäßig der Zustimmung des Servitutberechtigten, selbst wenn sie ihm an sich unschädlich sein sollte. Bei den Weideservituten kann ihm jedoch die Verlegung auf andere gleich gut gelegene Stücke aufgezwungen werden.[19]

Im Interesse der Landeskultur muß sich ferner der Servitutberechtigte und der Miteigenthümer von Gemeingründen gefallen lassen, daß ihre bisher ungemessenen Nutzungsrechte auf ein bestimmtes Maß festgesetzt werden. Es gilt dies namentlich für Brennholz und für Weideberechtigungen.[20]

§. 294. Veränderungen.[1]

Die Benutzungsweise und die Bestimmung der servitutberechtigten Grundstücke wird sich im Laufe der Zeiten mehr oder minder ändern. Kann nun

14) Verordnung vom 5. März 1843 §. 4. L. R. I, 22. §. 242.

15) l. 9 D. de servit. 8, 1.

16) Dies schon nach römischem Rechte l. 13 §. 3. l. 21. l. 22 D. de serv. pr. r. 8, 3.

17) L. R. I, 22. §. 29, vgl. §§. 80. 81. Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 §. 174.

18) Striethorst Bd. 93 S. 366, anders Korte bei Gruchot Bd. 1 S. 397.

19) L. R. I, 22. §. 81.

20) L. R. I, 22. §§. 235. 236. Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 §. 166 ff.

1) Elvers römische Servitutenlehre §. 11.

Digitized by Google

die dienende Sache, sofern die ausdrücklich gezogenen Grenzen der Servitut nicht überschritten werden, für die hierdurch entstandnen und erweiterten Bedürfnisse in Anspruch genommen werden? Da jene Wandelbarkeit eine naturgemäße und voraussehbare ist, so ist der status quo, welcher bei Begründung der Servitut bestand, nicht für immer maßgebend. Daher unterliegt die Sache gesteigerten Ansprüchen, wenn die Zeitverhältnisse und die wirthschaftlichen Umstände eine veränderte Benutzungsweise des herrschenden Grundstücks, z. B. dessen intensivere landwirthschaftliche Kultur herbeiführen. Dagegen kann der Servitutberechtigte die Gerechtigkeit nicht für außerordentliche neue Anlagen, z. B. von Fabriken auf einem früheren Ackergrundstücke, oder für willkürliche Vergrößerungen der herrschenden Sache, z. B. durch Ankäufe benutzen, wenn hierdurch eine erhebliche Erschwerung der Belastung eintritt.[2]

Welchen Einfluß hat ferner auf die Servitut die Zerstückelung des herrschenden Grundstücks? Hört durch dieselbe das herrschende Subjekt auf zu existiren bis zur etwaigen Wiedervereinigung der Parcellen? Es ist daran festzuhalten, daß das Grundstück trotz der Dismembration als herrschendes fortbesteht, wie dies auch für die Lasten, die auf ihm ruhen, nie bezweifelt wurde.[3] Hiernach ist zu unterscheiden, ob die Servitut einem bestimmten Theile des herrschenden Gutes, z. B. dem Wohngebäude, dienlich sein sollte, oder sämmtlichen Theilen des herrschenden Gutes ununterschieden zu Gute kam. Im ersten Falle verbleibt die Servitut im Falle einer Dismembration ausschließlich jenem besonderen Theile, daher stehen z. B. bei Zerstückelung eines Bauernhofes die Rechte an dem gutsherrlichen Forste auf Bauholz regelmäßig dem alten Gehöfte zu und der neue abgezweigte Hof hat daran keinen Antheil.[4] Im zweiten Falle geht die Servitut nach römischem wie nach unserm Rechte, sofern sie nicht besonders auf einzelne Parcellen radicirt wird, auf die sämmtlichen Parcellen über.[5] Hatte die Servitut ein bestimmtes Maß,

---

2) Insbesondere bestimmt L. R. I, 22. §. 71 für Weggerechtigkeiten, daß sie der Berechtigte nicht „zu ganz neuen Anlagen" benutzen dürfe, dagegen, falls keine Beschränkung besonders vorgeschrieben sei, zu allen Bedürfnissen. Es erheben sich gerade bei solchen Servituten häufig Zweifel. Die Erschwerung, welche durch Verwandlung eines Forstes in Ackerland entsteht, wird der Belastete dulden müssen, nicht die aus der Anlage eines Steinbruchs sich ergebende. Die Einrichtung von Fabriken auf dem freien Felde ist ebenfalls eine neue Anlage. Bei der Vergrößerung des herrschenden Grundstücks wird die richterliche Beurtheilung zu befinden haben, ob die Veränderung die Lage des Belasteten wesentlich erschwert. Striethorst Bd. 69 S. 167.

3) l. 6 §. 1 D. quemadmodum serv. am. 8, 6.

4) Vgl. Art. 96 der Deklaration vom 29. Mai 1816. Archiv für Rechtsf. Bd. 3 S. 198 n. 99. Entsch. des Obertribunals Bd. 30 S. 231. Bd. 45 S. 259.

5) Daß es zulässig ist, die Servitut „ad certam partem fundi remittere" ergiebt l. 6 D. de serv. 8, 1. vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 70 S. 50.

Digitized by Google

wie das Weiderecht mit einer bestimmten Zahl Schafe, so erhält jedes Grundstück ein seiner Größe entsprechendes Theilrecht.[6] Auch bei einer unbestimmten Servitut tritt Theilung der Servitut ein, wenn die Lage des belasteten Objekts ohne eine solche unverhältnißmäßig erschwert würde.[7] Ist dies nicht der Fall, man denke an eine Weggerechtigkeit, so haben die Eigenthümer aller Parcellen die gleichmäßige vollständige Ausübung des Rechts.[8]

Insofern sich die Servitut an gewisse Eigenschaften des herrschenden Grundstücks knüpft, müssen sich dieselben freilich bei jedem Trennstück finden, welches an dem Rechte Theil haben soll. An einer Sommerweide kann z. B. ein Trennstück vom herrschenden Gute nur participiren, wenn es im Stande ist, mit seinen Futtermitteln wenigstens ein Stück Vieh zu überwintern.[9]

Bestritten ist nach preußischem Rechte, ob eine Trennung der Grundgerechtigkeit von der herrschenden Sache ohne Zustimmung des Belasteten zulässig ist. Natürlich ist dieselbe bei Servituten unmöglich, welche auf einer specifischen Gestaltung des herrschenden Grundstücks beruhen, z. B. bei dem Rechte, auf dem Nachbarhause einen Tragbalken zu haben, oder für diejenigen, welche sich nach dem Bedürfniß des herrschenden Grundstücks bemessen, z. B. eine Weggerechtigkeit. Dagegen kann die Frage entstehen bei Gerechtigkeiten, die eine bestimmte Fruchtnutzung gewähren, z. B. bei dem Rechte, eine gewisse Zahl von Klaftern Holz — auch zum Verkauf — zu fällen. Principiell ist auch hier eine Trennung nicht zu rechtfertigen, durch welche das an ein Grundstück gebundene Recht einseitig eine neue Gestalt erhielte. Gleichwohl läßt aus Nützlichkeitsgründen das Landrecht eine Uebertragbarkeit von einer Sache auf eine andere dann zu, wenn das dingliche Recht nicht bloß zur Nothdurft der herrschenden Sache diente und die Lage der dienen-

---

6) l. 25 D. de serv. pr. r. 8, 3 ... pro modo agri detenti aut alienati fit ejus aquae divisio.

7) Z. B. aus dem Wohnhause, welchem eine unbestimmte Brennholzgerechtigkeit zustand, wurden mittels einer Scheidemauer zwei Wohnungen gebildet. Hier hat jeder der Eigenthümer die Berechtigung mit der Maßgabe, daß sie an jedem Holztage nur von einem ausgeübt werden darf. Rechtsf. Bd. 3 n. 125.

8) l. 6 §. 1 D. quemadm. serv. am. 8, 6.

9) Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 30 S. 227 ff. — Mit den ausgeführten Grundsätzen stimmen insbesondere die Entscheidungen des Obertribunals bezüglich der Waldstreuberechtigung nicht überein. Das Obertribunal behauptet, daß das Recht zur Entnahme des wirthschaftlichen Bedarfs an Streu aus dem Walde eines Andern, welches dem Komplexe eines gewissen Gutes als solchem zugestanden, nicht ohne Weiteres auf die Erwerber der daraus abgezweigten Parcellen zur ferneren faktischen Ausübung pro rata übergehe. Doch sei das Streulingsrecht nicht erloschen, könne vielmehr gemeinschaftlich ausgeübt werden, auch in Folge Zusammenlegung des Hofes wieder zur Geltung kommen. Striethorst Bd. 4 S. 257, Bd. 29 S. 198. Freilich ist es von Bedeutung für die Forstwirthschaft, daß das Recht auf Waldstreu in engen Grenzen gehalten wird, doch kann dieser Grund die Entscheidung nicht rechtfertigen.

Digitized by Google

den Sache durch Uebertragung in keiner Weise verschlechtert wird.[10] Nach römischem Rechte konnte man die Grundgerechtigkeit nicht einmal getrennt verpachten oder sonst die Ausübung, z. B. den Bezug einer gewissen Wassermasse, einem Dritten abtreten.[11] Nach unserm Rechte ist eine solche Abtretung der Ausübung zulässig, insofern sich durch dieselbe die Lage der dienenden Sache nicht verschlechtert.

Wird das dienende Grundstück getheilt, so bleibt die Servitut an jedem Trennstück bestehen, wie dasselbe bisher als Bestandtheil des Ganzen haftete.

Bei derartigen Zertheilungen des herrschenden oder dienenden Grundstücks kann die Servitut zum Nachtheil des einen Parzellenbesitzers, oder zu dessen Gunsten, z. B. durch Verjährung, erlöschen, während sie zu Gunsten einer anderen Parzelle oder zu deren Lasten bestehen bleibt.

§. 295. Inhalt. Eintheilung der Servituten.

Die Zahl der Grundgerechtigkeiten ist keine geschlossene, vielmehr sind dieselben so mannigfaltig, als Vortheile aus einem Grundstücke vermöge seiner physischen Beschaffenheit gewinnbar sind. Unter Anderm können Grundgerechtigkeiten einen Antheil an den Früchten und sonstigen Produkten eines Grundstücks, z. B. Lehm, Sand, Kalk, Steine, Torf, nicht verleihbare Eisenerze, zum Gegenstande haben, ja den Ertrag des dienenden Grundstücks absorbiren.[1]

Haupteintheilungen sind:

1. Servituten, welche für Jedermann durch eine dauernde der Ausübung dienende Anlage erkennbar sind, sogenannte servitutes apparentes, im Gegensatz zu solchen, welche der thatsächlichen Erkennbarkeit entbehren.[2] Diese Eintheilung, für die landrechtlichen Vorschriften von Bedeutung, hat durch die spätere Gesetzgebung an Wichtigkeit verloren.

2. Gleicherweise zeichnet das Landrecht diejenigen Servituten aus, durch welche der Ertrag der dienenden Sache nicht geschmälert wird.[3] Ob eine

---

10) L. R. I, 19. §§. 22. 23. Das Obertribunal ist geneigt, die Unübertragbarkeit möglichst festzuhalten. Entsch. Bd. 9 S. 246.

11) Vgl. z. B. l. 44 D. locati 19, 2. l. 24 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

1) L. R. I, 22. §. 241. Striethorst Bd. 96 S. 287. Servituten an Früchten und sonstigen Produkten des Grundstücks sind in Rom offenbar erst seit der Kaiserzeit anerkannt worden, insbesondere auf Grund der Autorität des Neratius. l. 3 §. 1. l. 5 §. 1 D. de serv. pr. r. 8, 3. Noch in der letzten klassischen Zeit war aber die Geltung solcher Servituten nicht unbestritten. §. 2 J. de serv. pr. 2, 3.

2) L. R. I, 22. §. 16 ff. Anh. §. 58. Aehnlich code Napoléon art. 689.

3) L. R. I, 22. §. 17.

Digitized by Google

solche Schmälerung vorliegt, ist Sache der thatsächlichen Würdigung und Schätzung.

3. Die römische Unterscheidung in serv. praediorum rusticorum und in serv. pr. urbanorum hatte ihren Eintheilungsgrund in der Beschaffenheit des herrschenden Grundstücks.[4] Eine früher viel verbreitete Meinung nahm aber an, bei jener Eintheilung sei das Bestimmende die Eigenschaft des dienenden Grundstücks.[5] An diese schließt sich die Terminologie des Landrechts, welches Grundgerechtigkeiten an Gebäuden besonders hervorhebt, ohne jedoch praktische Folgen anzuknüpfen.[6]

4. Die gemeinrechtliche Doktrin unterscheidet affirmative und negative Servituten, wobei sie von dem Standpunkte des Berechtigten ausgeht. Affirmativ sind Servituten, welche Befugniß zu einem Thun oder Haben in der Sphäre des dienenden Grundstücks geben, so daß dessen Eigenthümer zu dulden hat — s. quae in patiendo consistunt —, negative Servituten sind diejenigen, welche nur in einem Untersagungsrechte, also bloß in dem Anspruche auf ein Nichtthun bestehen. Die preußische Rechtssprache hingegen, welche hierbei von der Lage des Belasteten ausgeht, bezeichnet gerade die Servituten, die zu einem Dulden verpflichten, als negative und diejenigen, welche ein Unterlassen fordern, als Untersagungsrechte.[7]

§. 296. Entstehung der Dienstbarkeiten.

Zur Entstehung einer Grundgerechtigkeit bedarf es eines besonderen Begründungsaktes. Die unmittelbar auf dem Gesetze beruhenden Einschränkungen der Grundstücke zu Gunsten ihrer Nachbargrundstücke, die sogenannten Legalservituten, sind den Dienstbarkeiten zwar verwandt, nicht aber schlechthin einzuordnen.[1]

Insbesondere ist Entstehungsgrund die Bewilligung des Eigenthümers der belasteten Sache;[2] sie kann durch Vertrag oder Vermächtniß geschehen.

---

4) pr. §. 1 ff. J. de serv. pr. 2, 3. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Windscheid I. §. 210 Anm. 2.

5) Glück Bd. 9 S. 21.

6) Marginale zu L. R. I, 22 §. 55.

7) Oben §. 39. Korte bei Ulrich Archiv XI S. 386. L. R. I, 7 §§. 81. 86.

1) Das Landrecht scheidet ausdrücklich gesetzliche und nothwendige Einschränkungen des Eigenthums I, 22 §. 1 ff. von den Grundgerechtigkeiten I, 22 §. 11.

2) Natürlich muß die Absicht gewesen sein, ein Recht zu bewilligen, nicht bloß eine prekäre Vergünstigung einzuräumen. Die Bewilligung des Rechts kann auch gegen Entgelt, namentlich ein Miethsgeld, geschehen. — Die Deklaration wegen der Einmiethe zum Raff- und Leseholz aus den königlichen Forsten in der Kur- und Neumark vom 18. August 1806 §. 3 bestimmte, die Amtsunterthanen sollten nicht anders, als im Falle des Holzmangels zurückgewiesen werden, aber verbunden sein, die Heidemiethe, so wie wir solche nach Zeit und Umständen zu bestimmen, zu erhöhen oder zu ändern

Digitized by Google

Daß der Bewilligende eingetragener Eigenthümer des dienenden Grundstücks sei, ist nicht erforderlich, so daß z. B. der nicht eingetragene Erbe des eingetragenen Eigenthümers eine Servitut einräumen kann. Dagegen kann die Bewilligung des Käufers, welchem ein Grundstück, an dem er die Servitut einräumt, nach dem 1. Oktober 1872 tradirt, nicht aufgelassen ist, nicht genügen; sie erzeugt einen bloßen Ersitzungsbesitz, konvalescirt aber im Falle der nachträglichen Auflassung an den Besteller oder seinen Rechtsnachfolger. Steht die belastete Sache im Miteigenthum Mehrerer, so ist die Bewilligung aller Miteigenthümer erforderlich. Doch begründet die Einräumung der Servitut durch Einen der Miteigenthümer für ihn und seine Erben auch vor dem Beitritt der Uebrigen die Verbindlichkeit, das eingeräumte Recht in der Zwischenzeit zu respektiren. Kann der Käufer, welchem ein Grundstück nur tradirt, nicht aufgelassen wurde, demselben eine Servitut erwerben, obgleich er im Rechtssinne noch nicht dessen Eigenthümer ist? Man wird ihm und seinen Successoren einen Schutz der Servitut nicht versagen, der Eigenthümer aber kann die Servitut nicht geltend machen, da sie dem Grundstück nicht erworben ist. — Auch für den Erwerb einer Servitut ist die Mitwirkung aller Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks erfordert; doch hat Jeder nach den Grundsätzen unseres Rechts vermuthete Vollmacht für die übrigen. [3]

Der Vertrag über Bestellung einer Grundgerechtigkeit bedarf der Schriftlichkeit; eine thatsächlich auf Grund eines mündlichen Vertrags eingeräumte Grundgerechtigkeit kann jedoch wegen des Formmangels nur Seitens des Bestellers und seiner Erben, nicht aber Seitens eines Singularsuccessors desselben angefochten werden. [4] Schlechthin ungültig sind nur diejenigen durch

---

gut finden werden, zu erlegen! Das Obertribunal hat Entsch. 21 S. 292 behauptet, es liege hierin keine Grundgerechtigkeit, sondern nur ein Miethverhältniß. Es sind dies aber keine Gegensätze. Das Recht charakterisirt sich vielmehr als Servitut, da es unabhängig vom Willen des Belasteten dauernd zustehen sollte.

3) Wenn hiernach im Allgemeinen die römischen Grundsätze zu adoptiren sind, so gilt dies doch keineswegs von allen Konsequenzen, welche die Römer aus denselben zogen. Unter Anderem wird man die Vererblichkeit der Verpflichtung des Miteigenthümers zur Duldung der Ausübung der von ihm bewilligten Servitut nicht, wie in Rom, verneinen. l. 18 D. comm. praed. 8, 4. Insbesondere aber hat der Satz des römischen Rechts für uns keine Bedeutung, den l. 6 §. 3 D. comm. praed. 8, 4 dahin formulirt: si alterae unius propriae sunt aedes, alterae communes, neutris servitutem vel adquirere vel imponere me posse. Das römische Recht hielt in diesen Fällen die Bestellung der Servitut für unmöglich, weil der Miteigenthümer zugleich zu seinem Theile Erwerber und Belasteter wäre. Uns ist eine solche Duplicität der Stellung nichts Undenkbares, wenn sie durch reale Lebensinteressen, wie hier, gefordert wird. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 70 S. 108.

4) L. R. I, 5 §. 135, vgl. I, 22 §. 13, oben §. 98 Anm. 16. Entsch. des O. Trib. Bd. 40 S. 22, Bd. 51 S. 53. Hat der Besteller in Gemäßheit des mündlichen Vertrags die Anlage von ihrer Bestimmung nach dauernden Baulichkeiten behufs Ausübung der Servitut geduldet und verlangt er gleichwohl die Beseitigung

Digitized by Google

mündlichen Vertrag errichteten Gerechtigkeiten, welche in die Klasse solcher fallen, deren Aufhebung die Gemeinheitstheilungsordnung bezweckt.[5]

Die Bestellung der Servitut muß nicht ausdrücklich geschehen, sie ergiebt sich vielmehr nicht selten im Wege einer Interpretation. So gilt im Zweifel eine Grundgerechtigkeit dann als bewilligt, wenn ein Grundstück so veräußert wird, wie es besessen und benutzt wurde, falls der Veräußerer bisher zu dessen Bewirthschaftung regelmäßig ein zweites ihm gehöriges Grundstück, namentlich mittels dauernder Anlagen in Anspruch genommen hatte.[6][7]

Der Vertrag über die Bestellung der Servitut kann deren nähere Bestimmung noch von der Anweisung Seitens des Eigenthümers der dienenden Sache abhängig machen. Es genügt dann eine mündliche Anweisung, um die Bestellung zu purificiren.[8]

Außer dem schriftlichen Vertrage bedarf es nicht noch der Quasitradition. Es liegt hierin allerdings eine Ausnahme gegenüber dem landrechtlichen System, die aber um deswillen gerechtfertigt war, weil die Besitzeshandlung, wodurch eine Grundgerechtigkeit ausgeübt wird, diesem Rechte eine stetige äußere Erkennbarkeit nur in geringem Grade verleiht.[9][10] Das Landrecht suchte

---

derselben, indem er den Vertrag wegen seines Formmangels anficht, so wird ihm eine exceptio doli entgegentreten.

5) Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 §. 164, Entsch. d. O. Trib. B. 72 S. 151.

6) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 1 S. 163, Bd. 7 S. 228 ff., Bd. 26 S. 100. Abweichend ebendaselbst Bd. 23 S. 23 und Entsch. d. O. Trib. Bd. 30 S. 100, Präj. 2608, Striethorst Bd. 95 S. 255.

7) Noch weiter geht L. R. I, 22 §. 15. „Ist zur Ausübung der von dem angeblich Berechtigten behaupteten Befugniß eine neue Anlage in dem belasteten Grundstück gemacht worden, so gilt die Vermuthung, daß dem Begünstigten eine wirkliche Grundgerechtigkeit hat eingeräumt werden sollen." Das Obertribunal bezieht allerdings diesen Ausspruch nur auf den Verjährungsbesitz, von dem der vorhergehende §. 14 handelt und leitet aus demselben demgemäß den Satz her, daß das Vorhandensein einer solchen Anlage gegen den prekaristischen Charakter der behufs des Beweises der Verjährung vorgebrachten Besitzhandlungen spreche. Präj. des Obertrib. 1400. Diese Auslegung ist jedoch nicht zu billigen. Vgl. Koch zu L. R. I, 22 §. 15. Dieselbe steht nicht im Einklang mit dem Wortlaut des Paragraphen, welcher von der Vermuthung für eine Grundgerechtigkeit, nicht für dessen Rechtsbesitz spricht; sie widerstrebt aber auch seiner Entstehungsgeschichte. Denn der Paragraph fand sich bereits gleichlautend im Gesetzbuch von 1787 II, 3 Tit. 21 §. 18, ohne daß dort der — erst später eingeschobene — Paragraph über die Verjährung vorherging.

8) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 53 S. 74. Dies unerachtet L. R. I, 5 §. 135.

9) So und zwar mit Recht die Praxis. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 36 S. 65, Bd. 74 S. 76 ff. Dagegen fordern Korte in Ulrichs Archiv Bd. XI S. 430 und Förster Bd. III §. 187 die Quasitradition, weil sie nach den allgemeinen Grundsätzen des L. R. I, 9 §§. 1—3 zu jedem Erwerb eines dinglichen Rechts erforderlich sei. Allein L. R. I, 9 §§. 4 hebt hervor, daß hiervon die Fälle ausgenommen seien, in denen die Gesetze die Erwerbung des Eigenthums schon mit einer gewissen Begebenheit oder Willensäußerung allein ausdrücklich verbinden. Ein solcher Fall liegt aber

Digitized by Google

dagegen die Eintragung derjenigen Servituten zu erzwingen, welche den Nutzungsertrag des belasteten Grundstücks schmälerten und gleichwohl nicht durch Anlagen oder andere Kennzeichen offenkundig waren. Deshalb sollten sich solche Servituten gegen Singularsuccessoren des Bestellers nur erhalten im Falle ausdrücklicher Uebernahme oder durch eine Eintragung, welche innerhalb der Zeit von zwei Jahren, von der Veräußerung an gerechnet, auch gegen Dritte zulässig blieb. Des weiteren wurde die Ersitzung der Servituten davon abhängig gemacht, daß sie gegen den Besitzer oder seine Erben vollendet wurde, gegen den sie angefangen hatte.[11] Die besonderen Bestimmungen über die Nothwendigkeit der Eintragung wurden indessen bereits unterm 30. December 1798 außer Kraft gesetzt,[12] womit auch die Beschränkung der Servitutenersitzung wegfiel.[13]

§. 297. Obrigkeitliche Verfügung.[1]

Nicht selten entstehen Grundgerechtigkeiten durch Anordnungen der Verwaltungsbehörden; so zu Zwecken des Bergbaues, zu Entwässerungs- oder Bewässerungsanlagen, bei Gemeinheitstheilungen. Durch richterliche Verfügungen können Servituten im Falle von Theilungsprocessen,[2] außerdem aber in Nothfällen begründet werden. In Rom kannte man im religiösen Interesse die zwangsweise Bestellung eines Weges nach sonst unzugänglichen Begräbnißstätten.[3] Dies verallgemeinerte die gemeinrechtliche Praxis, vorzugsweise wohl veranlaßt durch das Durcheinanderliegen der Grundstücke der Dorfbewohner. Nicht selten bildete sich geradezu die Observanz, wonach sich die Dorfgenossen gegenseitig den Weg zu ihren Aeckern zu verstatten hatten.[4] Wo eine solche Observanz fehlte, fand man in jenem römischen Satze

---

gerade im L. R. I, 22 §. 13, wonach Grunddienstbarkeiten durch rechtsgültige Willenserklärung eingeräumt werden können.

10) Ebensowenig wird richtiger Ansicht nach die Quasitradition im jüngsten römischen Rechte verlangt. cf. u. A. l. 3 pr. l. 25 §. 7 D. de usufr. 7, 1. Schmidt in Bekkers Jahrb. III S. 271. Windscheid I. §. 212. Dagegen freilich u. A. Bangerow I. §. 350. Brinz Pandekten §. 197. Der römische Satz ging insofern weiter, als er sich auch auf Personalservituten bezog.

11) L. R. I, 22 §§. 18—24.

12) N. C. C. M. tom. X p. 1839. Anh. 58 zum L. R. I, 22 §. 18. Dagegen kann der Berechtigte die Eintragung auf seine Kosten fordern.

13) Dies wurde zeitweise bezweifelt. Vgl. Simon Rechtsspr. Bd. 4 S. 119.

1) Böle, die s. g. nothwendige Servitut in Ulrichs Archiv Bd. 1 S. 25 ff. Koch Recht der Ford. III §. 209. Ueber gemeines Recht: Elvers Themis I S. 75. Hesse Grundstücksnachbarn Bd. 2 S. 210.

2) l. 22 §. 3 D. fam. erc. 10, 2.

3) l. 12 pr. D. de religiosis 11, 7.

4) Vgl. Hesse a. a. O. II, 2 S. 211. Gerber P. R. §. 86.

Digitized by Google

die Handhabe für den Richter, um einen Nothweg zu schaffen.[5] Es lag nahe, den Richter für befugt anzusehen, in allen Fällen dringenden Bedürfnisses gegen Entschädigung Servituten aufzulegen.[6] Das preußische Recht, auch hier das Nützliche über die strenge Rechtskonsequenz stellend, hat sich dem angeschlossen.

Regelmäßige Voraussetzung des Anspruchs ist, daß der bisherige[7] Gebrauch des Grundstücks ohne Einräumung einer Servitut fernerhin nicht möglich ist. Dem Verlangen des Nothweges kann nicht entgegengehalten werden, daß der Kläger das Grundstück auch ohne denselben bei völlig veränderter Kulturart, z. B. durch Holzbepflanzung, benutzen könnte.[8] Ebensowenig kommt in Betracht die Möglichkeit für den Kläger, sich durch außergewöhnliche und unverhältnißmäßig kostspielige Anlagen, z. B. den Bau einer Brücke, die Haltung eines Schiffes Zutritt zu seinem Grundstücke zu verschaffen.[9] Dagegen fällt jeder Anspruch weg, wenn dem Kläger bereits ein ausreichendes Recht gegen einen Dritten auf Bestellung einer Servitut zusteht, da dann kein Nothstand vorliegt.[10] Auch läßt man als Einwand zu, daß ein anderer Nachbar durch die Servitut weniger belästigt werde.[11] Hierin ist aber nur eine exceptio doli zu sehen. Es muß also die leichtere Gewährung der Servitut durch den Nachbar offenbar sein und daher die Inanspruchnahme des Verklagten als Chikane erscheinen.[12] Die Nothservitut

5) Bereits Dionysius Gothofredus in seinen Anmerkungen zum corpus juris l. 12 pr. D. de religiosis läßt den Zwang zum Nothweg zu, was sicher zu dessen Anerkennung in der Praxis beitrug.

6) Zachariä Annalen II, 25 n. 2, Gmelin und Elsässer gemeinnützige Beobachtungen Bd. 2 Nr. 3. Glück Bd. 9 S. 101. Vgl. auch Roth Bayer. C. R. II §. 153 Anm. 27.

7) Roth Bayer. C. R. II §. 153 spricht vom bestimmungsgemäßen, ordnungsmäßigen Gebrauche.

8) Striethorst Archiv Bd. 31 S. 114 ff.

9) Vgl. Simon Rechtssprüche I S. 55.

10) Zur Zeit ist der Antrag auch dann noch nicht begründet, wenn Kläger einen persönlichen Anspruch auf Einräumung einer Servitut hat, z. B. wenn sein Verkäufer sich verpflichtete, dem Kläger für das verkaufte Grundstück einen Weg anzuweisen. Der Anspruch beginnt hier erst, wenn die Gewährung des Weges vom Verpflichteten nicht zu erlangen ist.

11) Präj. des Obertrib. 1027. Vgl. Roth b. C. R. II §. 153 Anm. 31.

12) Da das Gesetz einmal den Nachbar im Bedürfnißfalle zum Nothwege verpflichtet, so kann die bloße Möglichkeit, einen Weg von einem Nachbar, dem derselbe weniger beschwerlich fällt, zu erhalten, den Anspruch noch nicht ausschließen. Auch könnte die Abwälzung der Pflicht von dem einen auf einen andern Nachbarn, gegen welchen die Entscheidung keine Rechtskraft macht, weil er nicht im Processe befangen ist, zu endloser Verweitläufigung führen. Manche gemeinrechtliche Schriftsteller fordern, um diesem Bedenken zu begegnen, daß die Klage gegen alle Angrenzer gerichtet und dem officium judicis die Auswahl überlassen werde, was dann gleichfalls weitläufig und kostspielig ist.

Digitized by Google

kann endlich Niemand begehren, der sich durch eigne willkürliche Handlungen in die Nothlage versetzt hat. [13]

Die Klage wegen Einräumung der Nothservitut ist gegen den Eigenthümer des in Anspruch genommenen Grundstücks, und wenn dasselbe im Miteigenthum steht, gegen dessen sämmtliche Miteigenthümer zu richten. Dagegen ist wohl die Zuziehung der am Grundstück dinglich Berechtigten nicht erfordert, da sie die Servitut als nothwendige dulden müssen. Nur für den Fall einer Kollision haben sie das Recht der Einsprache. Auch können sie die Entschädigung als theilweises Surrogat des ihnen verhafteten Objekts in Anspruch nehmen. Von Amtswegen werden aber diese Ansprüche nicht gewahrt. Der Richter hat den Wegzug nach seinem Ermessen zu bestimmen, an den in der Klage etwa bezeichneten Weg ist er nicht gebunden, auch gehört dessen Bezeichnung nicht zur Substanziirung der Klage. [14] Die Verurtheilung hat das Recht zur Ausübung der Servitut an die Sicherstellung einer jährlichen, praenumerando zu leistenden Entschädigungsrente [15] zu knüpfen, falls sich die Parteien über eine Kapitalvergütigung nicht einigen. Bei der Bemessung der Entschädigung, welche durch Schiedsrichter geschieht, ist nicht allein der Nachtheil der Servitut für den Belasteten, welcher oft nicht schätzbar sein wird, sondern möglichst der Preis, welcher im Falle des freiwilligen Kaufs angemessenerweise erfordert werden könnte, zu Grunde zu legen.

Nur im Wege der Klage oder der Widerklage kann die Bestellung der nothwendigen Servitut gefordert werden, eine Einrede läßt sich auf das Bedürfniß derselben nicht stützen, da es sich nicht um die Anerkennung einer bestehenden Verpflichtung handelt, sondern um die Schaffung eines neuen Rechts. Daher treffen auch den Verklagten die Kosten nicht unbedingt im Falle des Unterliegens. Vielmehr wird man die Bestimmungen des Berggesetzes [16] über die Abtretung zu den Zwecken des Bergwerks analog anzuwenden haben, so daß der Kläger die Kosten des Verfahrens in der ersten Instanz schlechthin zu tragen hat und die gewöhnlichen Grund-

---

13) L. R. I, 22 §. 8. Entsch. des Obertrib. Bd. 46 S. 153. Seuffert Archiv Bd. 13, 210.

14) Vgl. Koch Proceßpraxis §. 147.

15) Striethorst Bd. 81 S. 154 ff. Zur Substanziirung der Klage ist das Anbieten eines bestimmten Betrags der Entschädigung nicht erforderlich, sondern die erklärte Bereitwilligkeit zur Uebernahme einer im besondern Verfahren zu ermittelnden Vergütung genügend. Präj. 2611. Entsch. Bd. 30 S. 99.

16) Berggesetz §. 147. Koch zu L. R. I, 22 §. 3. Anders Förster III §. 187 Anm. 13.

Digitized by Google

sätze über die Verurtheilung in die Kosten erst in den weiteren Instanzen eintreten.[17]

Ausnahmsweise kann eine richterliche Servitut nicht bloß zur Erhaltung des bisherigen Gebrauchs, sondern zu erheblichen Verbesserungen begehrt werden. Es ist hierbei gefordert, daß der Inanspruchgenommene durch die Nothservitut an dem bisherigen Gebrauche seiner Sache und an etwa vorzunehmenden nützlichen Verbesserungen derselben nicht gehindert werde.[18] [19]

Die Nothservitut erlischt, wenn das Bedürfniß derselben völlig verschwunden ist. Dann ist aber auch die etwa für sie geleistete Kapitalvergütung zurückzustellen.[20]

§. 298. Erwerbende Verjährung.[1]

Kaum eine Frage der Lehre von den Servituten ist wichtiger, als die nach ihrer Begründbarkeit durch Verjährung. Einestheils legt die erleichterte Zulassung der Ersitzung die Gefahr nahe, daß bloß freundnachbarliche Gefälligkeiten zu Rechten werden, andererseits würde die Ausschließung der Ersitzung dahin führen, daß gerade die ältesten und bestbegründeten Rechte um deshalb verloren gingen, weil sich bei solchen die ursprüngliche Erwerbsart häufig nicht mehr nachweisen läßt. Das römische Recht hatte zeitweilig jede Servitutenersitzung ausgeschlossen, später hiervon zurückkommend aber eine eigene Servitutenersitzung geschaffen, bei der man praktischerweise von dem Nachweise eines Titels absah und nur verlangte, daß der Servitutberechtigte zehn oder zwanzig Jahre hindurch die Servitut wie ein Recht nec vi nec clam nec precario ausgeübt hatte.[2] Nach preußischem Rechte treten die gewöhnlichen Grundsätze erwerbender Verjährung auch für die Servitutenersitzung ein. Die Ersitzung ist also regelmäßig eine zehnjährige, wenn der Präskribent einen

---

17) Da die Klage, obgleich eine persönliche, gegen den Besitzer des Nachbargrundstückes als solchen geht, so kann sie im Gerichtsstand der belegenen Sache erhoben werden. A. G. O. I, 2 §. 112. R. C. P. O. §. 27.

18) L. R. I, 22 §. 9. Ein Beispiel giebt Leyser vol. II spec. 109 med. 9, wo dem Kläger das „Stiegel" sehr nützlich, dem Grundeigenthümer aber, welcher so viel anderen Leuten den Durchgang und die Durchfahrt gestatten mußte, fast gar nicht nachtheilig war.

19) Für Bewässerungsanlagen sind nach dem Gesetze vom 28. Februar 1843 §§. 24. 25 die Bedingungen sehr erleichtert. Ueber das Hammerschlagsrecht vgl. oben §. 221.

20) L. R. I, 22 §. 10.

1) Vgl. die gemeinrechtlichen Schriften von Muther Die Ersitzung der Servituten 1852, Hedemann Erwerb und Schutz der Servituten 1864.

2) l. 4 §. 29 D. de usurp. 41, 3. l. 10 pr. D. si serv. vind. 8, 5. Die im Text entwickelte ist die richtige und jetzt auch gemeine Meinung. Vgl. Windscheid I, §. 213. Anderer Ansicht Muther Servitutenersitzung.

Digitized by Google

Titel darthun kann, und falls er hierzu nicht im Stande sein sollte, eine dreißigjährige; bei unständigen Servituten findet sich nur die ungewöhnliche Verjährung von vierzig Jahren. [3] [4]

Erforderniß der Ersitzung ist, daß der Präskribent die Absicht hatte, eine Servitut für sich zu besitzen und nicht eine bloße Vergünstigung auszuüben. Ob dies aber der Fall sei, hat der Richter aus dem Gesammtcharakter der betreffenden Besitzhandlung zu entnehmen. [5] Eine periodische Gegenleistung, z. B. Zahlung eines Weidegeldes, schließt an sich nicht aus, daß der Berechtigte die Befugniß als Recht ausübte. Namentlich spricht die Unveränderlichkeit und der ungewöhnlich niedere Betrag der Gegenleistung für die Einräumung des Besitzes jener Gerechtigkeit, während das Verhältniß sich im Falle einer willkürlich erhöhbaren Gegenleistung eher als prekäres darstellt. [6] [7]

Die Unterbrechung der Verjährung geschieht nach allgemeinen Grundsätzen. Hätte ein Käufer, dem das Grundstück tradirt, aber nicht aufgelassen ist, die Verjährung durch Proceßerhebung unterbrochen, so könnte dies dem von ihm verschiedenen Bucheigenthümer nicht zu Gute kommen.

Die Ersitzung ist für alle diejenigen Grundgerechtigkeiten ausgeschlossen, welche in Folge der Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 und

---

3) Näheres über die Ersitzungszeit oben §§. 175. 176.

4) Da durch den Receß einer Gemeinheitstheilung alle Servituten aufgehoben werden, welche an den ihr unterliegenden Grundstücken hafteten, sofern sie nicht im Recesse ausdrücklich vorbehalten wurden, so folgt, daß auch die schwebende Ersitzung solcher Servituten unterbrochen wird, falls sie nicht im Receß vorbehalten sind. Dies selbst dann, wenn das dienende und das herrschende Grundstück keinen Umtausch erfuhren. Striethorst Archiv Bd. 63 S. 13. Vgl. oben §. 214 Anm. 5.

5) L. R. I, 22 §. 14 verlangt allerdings den Nachweis, daß die Besitznahme als ein Recht, nicht als bloße Vergünstigung erfolgte. Man nahm daher vielfach an, daß der Berechtigte einen *besondern* Beweis des Inhalts führen müsse, daß sein Besitz kein prekärer gewesen sei, was nicht leicht anders als durch Darthun eines Titels hätte geschehen können. Jedoch der Plenarbeschluß v. 27. August 1838, Präj. n. 506, Entsch. Bd. 4 S. 169 hat sich dahin entschieden, daß die fragliche Bestimmung keine exceptionelle von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Vorschrift aufstelle. Vgl. auch Seuffert Archiv Bd. 6, 155. Es liegt daher dem Kläger der besondere Nachweis der Negative, daß er das streitige Recht nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung in Besitz nahm, nicht ob.

6) Präj. des Obertrib. 19. Gruchot Bd. 8 S. 36.

7) Daß der Erwerb einer Grundgerechtigkeit durch Verjährung auch durch Besitzeshandlungen begründet werden kann, welche der Prätendent der Servitut in der Meinung eines ihm zustehenden Eigenthumsrechts an dem dienenden Grundstücke vorgenommen hat, entscheidet der Plenarbeschluß vom 3. März 1862, Entsch. Bd. 47 S. 15. Siehe oben §. 161 Anm. 3. Andere Fragen sind, ob der Eigenthümer der dienenden Sache von der Ausübung der Servitut Kenntniß gehabt haben müsse, damit der Besitz derselben erworben werde, siehe oben §. 161 Anm. 6 und 8, ferner ob auch ein s. g. translativer Titel bei der zehnjährigen Ersitzung genügt, siehe oben §. 174 Anm. 10.

Digitized by Google

des Nachtraggesetzes vom 2. März 1850 als kulturschädlich für ablösbar erklärt wurden.[8]

Der Umfang der durch Ersitzung erworbenen Servitut reicht nicht weiter, als der Besitz während der Verjährungszeit.[9]

§. 299. Endigung der Grundgerechtigkeiten.[1]

Endigungsgründe der Grundgerechtigkeiten bilden:

1. Erlaß Seitens des Berechtigten, sei es unter Lebenden oder auch letztwillig. Schriftlichkeit ist regelmäßig erforderlich.[2] Desgleichen Annahme des Erlasses Seitens des Eigenthümers der dienenden Sache, doch macht die Gerichtlichkeit des Verzichts nach den allgemeinen Grundsätzen des Landrechts die Acceptation überflüssig.[3] Der Verzicht eines der Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks hebt die Grundgerechtigkeit nicht auf, da sie sich noch durch den Theilhaber erhält, doch kann sie der Verzichtende selbst

8) Die Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 hatte im §. 164 bestimmt: neue Gemeinheiten, deren Aufhebung die jetzige Ordnung bezweckt, können . . . nur durch schriftlichen Vertrag errichtet werden. Hiermit war indirekt auch der Erwerb durch Verjährung ausgeschlossen, was jedoch in der Praxis längere Zeit hindurch übersehen und nicht berücksichtigt wurde. Lette und Rönne Landes-Kulturgesetzg. II, 2 S. 184. Dagegen erklärte sich der Plenarbeschluß des Obertribunals vom 9. December 1839, Entsch. Bd. 5 S. 153 gegen die Fortsetzung einer vor Publikation der Gemeinheitstheilungsordnung angefangenen Verjährung von ablösbaren Berechtigungen. Dies veranlaßte denn die Deklaration vom 31. März 1841 §§. 1—3, welche zwar grundsätzlich die Vollendung der Verjährung einer der Ablösung unterworfenen Gerechtigkeiten nach dem 7. Juni 1821 für unzulässig erklärte, jedoch in §. 4 für den Fall, daß die Gerechtigkeit von der Publikation der Deklaration an rückwärts gerechnet die Verjährungszeit hindurch ununterbrochen ausgeübt worden sei, die rechtliche Vermuthung aufstellte, daß die Verjährung schon bei Publikation der G. Th. O. vollendet gewesen sei, vorbehaltlich des Gegenbeweises, daß der Erwerb durch Verjährung zur Zeit der Publikation der Gemeinheitstheilungsordnung noch nicht geschehen war. Der Art. 12 des Ergänzungsgesetzes vom 2. März 1850 dehnte den Art. 164 der Gem. Th. O. auch auf die nach Art. 1 des Ergänzungsgesetzes aufzuhebenden Gemeinheiten aus und bestimmte, daß in Folge desselben der Lauf der erwerbenden Verjährung mit dem Tage unterbrochen werde, an welchem das Ergänzungsgesetz in Kraft trete.

9) Vgl. oben §. 175 Anm. 12. Ist der Umfang streitig, so hat der Kläger den weiteren von ihm behaupteten Umfang des Rechts zu beweisen. So wenn der Verklagte gegenüber einer behaupteten Wegservitut einwendet, sie sei jedenfalls zu gewissen Zeiten, z. B. vor dem Grasschnitt, nicht ausgeübt worden. Siehe auch Striethorst Bd. 97 S. 34.

1) Korte in Ulrichs Archiv Bd. 11 S. 432 ff.

2) L. R. I, 5 §. 135. Vgl. aber oben §. 85 Anm. 15.

3) Vgl. oben §. 85 Anm. 13. Nach römischem Rechte bedurfte es ursprünglich zum Verzicht auf eine Servitut der Rückübertragung durch den zweiseitigen Formalkontrakt der in jure cessio oder auch mancipatio Gaj. Inst. II, 30. Aber die klassischen Juristen erkannten ein derelinquere usumfructum an, l. 48 pr. l. 64. l. 65 D. de usufr. 7, 1, was sich auch auf Grundgerechtigkeiten bezieht. Damit ist die Geltung einseitigen Verzichts ausgesprochen. Anders freilich u. A. Windscheid I §. 215 Anm. 11, nach dessen Ansicht der Nießbraucher sich bis zur Annahme des Verzichts von seinen Verpflichtungen entbindet, nicht aber von der beliebigen Wiederaufnahme seines Rechts absteht.

Digitized by Google

und seine Erben nicht ferner in Anspruch nehmen. Der Verzicht, welcher vom Berechtigten einem der Miteigenthümer der dienenden Sache gegenüber abgegeben wird, beendigt dagegen die Servitut schlechthin, da jede fernere Ausübung gegen den Verzicht verstoßen würde.[4]

Ein Verzicht des Berechtigten liegt indirekt in ausdrücklicher Zustimmung zu solchen Veränderungen der dienenden Sache, welche die fernere Ausübung der Servitut verhindern.[5] Aber auch in bloßem wissentlichen Dulden der Ausführung derartiger Anlagen wird vom Gesetz die Einwilligung des Berechtigten gesehen, ohne daß ihm der Gegenbeweis einer entgegengesetzten Absicht offen steht, da hierin Dolus läge.[6] Dies gilt jedoch

---

4) Die Römer hingegen nahmen an, neque adquiri libertas neque remitti servitus per partem poterit l. 34 D. de s. pr. r. 8, 3. — Der Verzicht steht dem Verzichtenden und seinen Rechtsnachfolgern, nicht aber solchen Personen entgegen, welchen unabhängig von ihm am herrschenden Grundstück Rechte zustehen. Hat z. B. der Käufer eines Grundstücks, welchem nur tradirt, nicht aufgelassen ist, auf eine demselben zustehende Grundgerechtigkeit verzichtet, so kann dies demjenigen nicht schaden, welcher das fragliche Grundstück von dem noch als Eigenthümer Eingetragnen mittels Auflassung erwarb.

5) Dies ist der Fall der l. 8 pr. D. quemadmodum serv. am. 8, 6: si stillicidii immittendi jus habeam in aream tuam et permisero jus tibi in ea area aedificandi, stillicidii immittendi jus amitto. Es muß die Ausübung überhaupt, nicht bloß die bisherige Art derselben unthunlich geworden sein, der Wegberechtigte, welcher Errichtung eines Baues auf dem bisher begangenen Wege verstattet, verliert sein Recht an den unbebauten Theilen des Grundstücks nicht. Ob die Duldung der Anlage Seitens der Berechtigten einer solchen Gestattung gleichzustellen sei, war gemeinrechtlich sehr bestritten; die Meisten nahmen nur Besitzverlust an. So Cocceji jus contr. h. t. qu. 3. Glück Bd. 10 S. 263.

6) L. R. I, 22 §§. 43—45. Bei der Anwendung dieses Satzes müssen wir davon ausgehen, daß er nur ein positiv anerkannter Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes ist, wonach Schweigen unter Verhältnissen als Zustimmung zu erachten ist, unter welchen ein vernünftiger und redlicher Mann eine Ablehnung ausgesprochen hätte, falls er nicht einverstanden gewesen wäre; vgl. oben §. 94 Anm. 6. Solches Zurückgehen auf das Princip wird ein richtigerer Leitfaden sein als die für Einzelfälle berechneten und nur für sie passenden Präjudikate des Obertribunals. Es muß 1) die Anlage auf dem belasteten Grundstück ersichtlich ein wirkliches Hinderniß der Servitut schaffen, geeignet, Schritte Seitens des Berechtigten herauszufordern, wie denn z. B. ein seichter und schmaler Graben, welcher den Fußweg sperren sollte, aber leicht überschreitbar war, nicht gerade nothwendig und unter allen Umständen Gegenmaßregeln Seitens des Wegberechtigten fordert. 2) Wenn man auch sofortigen Widerspruch des Berechtigten verlangt, sowie er sich von der Anlage und ihrer Unvereinbarkeit mit der Ausübung seines Rechts überzeugte, so ist dies doch cum grano salis zu nehmen und es kann Passivität während einer mäßigen Zeit dem Berechtigten nicht präjudiciren, wenn sie nicht länger währt als von einem seine Rechte ruhig wahrenden Manne zu erwarten war. Striethorst Archiv Bd. 69 S. 10 ff. 3) Der Berechtigte muß Kenntniß von seinem Servitutenrechte haben, wenn ein stillschweigender Verzicht auf dasselbe präsumirt werden soll. Es kann auch ein stillschweigender Verzicht dann nicht angenommen werden, wenn bloß die Vertreter, z. B. die Verwalter, die Pächter des Berechtigten Kenntniß von der Anlage hatten und dem Berechtigten keine Mittheilung machten. Anderer Ansicht Körte in Ulrichs Archiv Bd. 11 S. 433. 4) Es fragt sich, ob mündlicher Widerspruch genügt? Die Entscheidung des Obertribunals Bd. 41 S. 179 hat dies verneint und gerichtliche Protestation oder Klage oder Pfändung verlangt. Wir meinen, auch hier kommt es auf die Würdigung

Digitized by Google

nur vom Schweigen während der Ausführung, nicht von Unthätigkeit gegenüber einem bereits vollendeten Bau, von dessen Vornahme oder von dessen Gefährlichkeit für sein Recht der Berechtigte vor der Vollendung keine Kenntniß hatte. Hier bleiben ihm vielmehr seine Widerspruchsrechte erhalten, so lange sie nicht verjährt sind.

2. Die Beendigung der Servituten durch Verjährung vollzieht sich bei uns nach den allgemeinen Grundsätzen dieser Lehre,[7] während das römische Recht in dem Untergange der Servituten durch Nichtgebrauch ein specifisch eigenthümliches Institut geschaffen hatte.

Es versteht sich, daß die Verjährung nicht läuft, so lange eine Anstalt besteht, aus welcher das Dasein der Servitut ersichtlich ist, da sie sich in derselben noch verwirklicht.[8] Daß ferner Grundgerechtigkeiten, die im Grundbuche eingetragen sind, der Verjährung nicht unterliegen, ist gleichfalls Anwendung eines allgemein gültigen Satzes. Fraglich kann sein, ob auch die Ausübung des Rechts durch einen Nichtberechtigten, aber im Namen des Grundstücks, insbesondere durch dessen unredlichen Besitzer das Recht erhält. Wir werden nach dem Vorbilde des römischen Rechts[9] diese Frage bejahen dürfen. Noch ist hervorzuheben, daß für Rechte, die nur bei gewissen Gelegen-

---

der besonderen Sachlage an. Zunächst wird der Berechtigte jede Vermuthung einer Einwilligung beseitigen, wenn er mündliche Einsprache erhebt. Bleibt diese aber unberücksichtigt, so wird man annehmen müssen, er sei von seinem nicht weiter durchgeführten Widerspruche doch abgestanden und habe sich nachträglich unter Aufgabe der Servitut zufrieden gegeben. 5) Es versteht sich, daß zur Anwendung des §. 43 guter Glaube des Handelnden keineswegs erforderlich ist. 6) Ob der Servitutberechtigte in Folge der stillschweigenden Entsagung der Servitut wenigstens einen Ersatzanspruch gegen denjenigen erhält, der die Anlage machte, ist eine Frage, welche sich danach beantworten muß, ob der Berechtigte, wie aus dem Thatsächlichen zu entnehmen ist, donandi animo verzichtete, oder ob die Absicht war, einen Ersatz für den dem Gegentheil erwachsenden Vortheil in Anspruch zu nehmen. 7) Die einmal durch Errichtung einer Anlage auf dem belasteten Grundstücke untergegangene Servitut lebt nicht wieder auf, wenn die Anlage später wieder beseitigt wird. Hatte die Anlage aber von vornherein offenbar nur einen provisorischen Charakter, so wird man in der Unterlassung des Widerspruchs nur einen Verzicht auf die Ausübung während der Zwischenzeit erblicken. Macht sie die Ausübung nur zum Theil unmöglich, so beschränkt sich die Servitut in entsprechendem Maße. L. R. I, 22 §. 45. 8) Das Obertribunal wendet die Bestimmung des §. 43 L. R. I, 22 mit Recht analog an auf diejenigen gesetzlichen Einschränkungen des Eigenthums, welche subjektiv dinglicher Natur sind nach L. R. I, 8 §. 191, insbesondere auf den Fall einer Ueberschreitung der Baulinie Präj. n. 1480 Entsch. Bd. 50 S. 87, eines Baues, der das Licht entzieht, Entsch. Bd. 46 S. 68 der Anlegung eines Zaunes zu nahe an der Grenze. Dagegen hat das Obertribunal Entsch. Bd. 21 S. 91 Präj. 2306 eine analoge Anwendung der Vorschrift des §. 43 auf sogen. subjektiv persönliche Gebrauchsrechte, z. B. auf ein einer Person eingeräumtes Wegerecht, verworfen.

7) L. R. I, 22 §. 50. Es bedarf also der Zeit von dreißig Jahren, während die Erlöschung durch Nichtgebrauch im römischen Rechte nur zehn oder zwanzig Jahre forderte.

8) L. R. I, 22 §. 51. Oben §. 168 Anm. 6.

9) l. 12, l. 20, l. 24 D. q. m. s. a. 8, 6.

Digitized by Google

heiten ausgeübt werden können, die Verjährungsfrist zwar die gewöhnliche von dreißig Jahren ist, daß aber mindestens drei Gelegenheiten der Ausübung verpaßt sein müssen.[10]

Eine Ersitzung des Rechts zur Untersagung der Servitut vollendet sich, wenn der Belastete die Ausübung untersagt hat und der Berechtigte sich hierbei die Verjährungszeit hindurch beruhigt.[11]

3. Die Grundgerechtigkeiten erlöschen weiter bei uns, wie nach römischem Rechte, durch Konfusion im Fall der Vereinigung des herrschenden und des dienenden Grundstücks in der Hand desselben Eigenthümers.[12] Auch lebt an sich die so erloschene Servitut im Falle einer späteren Entäußerung des einen Grundstücks nicht wieder auf. Nur wird nicht selten in dem Veräußerungsakte die stillschweigende Neubegründung der früheren Servitut liegen.[13]

Die Konfusion bewirkt eine endgültige Beseitigung der Servitut in den Fällen noch nicht, in welchen dieselbe im Grundbuche eingetragen oder durch Anlagen äußerlich verkörpert ist. Vielmehr gewährt hier die Konfusion nur die Befugniß zur Löschung im Grundbuche oder Wegschaffung der Anlagen. Unterblieb dies, so tritt die Servitut mit der Entäußerung des einen der Grundstücke wieder in Wirksamkeit.[14]

4. Die Grundgerechtigkeit muß ferner ihr Ende finden, falls eines der betheiligten Grundstücke zu Grunde geht, sowie dann, wenn die dienende Sache einem öffentlichen Zwecke gewidmet wird, welcher mit dem Fortbestehen der Servitut unvereinbar ist.

5. Im Interesse der Landeskultur geschieht die Aufhebung zahlreicher Grundgerechtigkeiten gegen Entschädigung auf einseitigen Antrag eines der Betheiligten durch die Auseinandersetzungsbehörde. Einer solchen Ablösung unterliegen unter Anderm Weiderechte, Forstberechtigungen zur Mast, Holzung und zum Streuholen, Rechte zum Rasenhieb.[15] Sind den Zwecken der ein-

---

10) L. R. I, 9 §. 544. Siehe oben §. 178 Anm. 14.

11) Vgl. noch Ulrichs Archiv Bd. 13 S. 123.

12) L. R. I, 22 §. 52, I, 16 §. 485. l. 1. D. quemadmodum serv. 8, 6. l. 30 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2. Zweifellos gilt auch bei uns der Ausspruch der l. 30 cit. §. 1 si partem praedii nactus sim, quod mihi aut cui ego serviam, non confundi servitutem placet, quia pro parte servitus retinetur. — Erwerb des Erbpachtrechts an der dienenden Sache durch den Servitutberechtigten bewirkte keine Konfusion, Striethorst Bd. 91 S. 89.

13) Vgl. auch l. 18 D. de serv. 8, 1 in omnibus servitutibus, quae aditione confusae sunt, responsum est, doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi.

14) L. R. I, 22 §. 53 und 54. Körte in Ulrichs Archiv Bd. 11 S. 388.

15) Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821. Eine nicht geringe Anzahl anderer Berechtigungen erklärte ferner für ablösbar das Ergänzungsgesetz zur

Digitized by Google

geleiteten Auseinandersetzung andere an sich nicht ablösbare Grundgerechtigkeiten hinderlich, so sind auch diese gegen Entschädigung aufzuheben.[16]

Trägt der Belastete auf Aufhebung der Servitut an, so muß dem Berechtigten schlechthin deren voller Nutzungsbetrag als Entschädigung gewährt werden. Dagegen nahm die Gemeinheitstheilungsordnung von 1821 an, daß dann, wenn der Berechtigte seinerseits die Ablösung verlangte, der Belastete nur den Betrag des ihm aus der Aufhebung der Servitut erwachsenden Vortheils zu vergüten habe. Diese an und für sich gerechte Bestimmung wurde später beseitigt, damit sich nicht die Ablösung verzögere, während man sich gegenseitig die Rolle des Provokanten zuzuschieben suche; sie besteht nur noch für die auf den Forsten haftenden ablösbaren Dienstbarkeiten.[17]

Die Entschädigung erfolgt der Regel nach in Land, aushülfsweise auch in Rente.[18]

6. Unterlag das dienende Grundstück einer Gemeinheitstheilung, so erhalten sich nur diejenigen Servituten, welche im Receß über die Theilung ausdrücklich vorbehalten wurden.[19] Es bezieht sich dies auch auf solche Servituten, für die eine Entschädigung nicht ausgeworfen wurde. Da der Receß eine vollständige Darstellung der Rechtsverhältnisse der durch ihn betroffenen Grundstücke enthalten soll, so war es Sache der Interessenten, ihre Grundgerechtigkeiten bei der Verhandlung anzumelden und zur Anerkennung zu bringen.

§. 300. Gebäudeservituten.[1]

Im engsten Sinne sind als Gebäudeservituten nur zu bezeichnen diejenigen, welche auf einer besonderen baulichen Konstruktion der herrschenden Sache beruhen, z. B. das Recht mit einem Erker, Vorbau, Tragbalken die Grenze zu überschreiten. Sie sind abhängig von der Erhaltung des Gebäudes oder wenigstens dessen Ersetzung durch ein anderes von verwandter Konstruktion.[2] Es giebt aber auch an ein Gebäude geknüpfte Rechte, die nicht

---

Gemeinheitstheilungsordnung vom 2. März 1850. Dasselbe führt auf die Berechtigung zur Gräserei und zur Nutzung von Schilf, Binsen oder Rohr auf Ländereien und in Privatgewässern, zur Fischerei in stehenden oder fließenden Privatgewässern, zur Torfnutzung u. s. f. — Nicht ablösbar sind von ländlichen Servituten unter Anderem die auf Gewinnung von Sand, Lehm, Thon, Mergel, Steine.

16) Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 §. 142.

17) Art. 9 des Ergänzungsgesetzes vom 2. März 1850.

18) Gemeinheitstheilungsordnung §§. 66. 77. Das Ergänzungsgesetz Art. 9 hat §. 86 der Gemeinheitstheilungsordnung beseitigt. Ueber die Weise der Entschädigung bei Holzgerechtigkeiten siehe Art. 10 des Ergänzungsgesetzes.

19) Verordnung vom 20. Juni 1817 §§. 170. 171; vgl. oben §. 214 Anm. 5.

1) Glück Bd. 10 S. 88 ff. Elvers Servitutenlehre §. 45 ff. Windscheid I. §. 211[a].

2) Vgl. l. 20 §. 2 D. de serv. pr. u. 8, 2.

Digitized by Google

nothwendig dessen Erhaltung voraussetzen, da sie auch einem freien Platz zustehen können, z. B. eine Aussichtsgerechtigkeit. Es ist daher eine Absichtsfrage, ob sie sich dann, wenn sie zu Gunsten eines Gebäudes bestellt waren, nach dessen etwaiger Niederlegung erhalten.

Wichtigere Einzelheiten sind folgende:

1. Bei dem Rechte, auf des Nachbars Mauer zu bauen oder einen Balken auf dieselbe zu legen, entsteht die Frage nach der Reparaturpflicht durch die Eigenthümer der dienenden Mauer? Die Römer verneinten diese Verpflichtung bei der servitus tigni immittendi, bejahten sie bei der servitus oneris ferendi. Beide Servituten unterscheiden sie nach der Fassung der bei der Bestellung gebrauchten Ausdrücke.[3] Da indessen die Verpflichtung des Eigenthümers der dienenden Sache zur Reparatur, also zu einem Thun, im römischen Rechte eine ganz anomale war, so begrenzte man sie auf das engste, leugnete insbesondere auch die Pflicht des Eigenthümers der dienenden Sache, das herrschende Gebäude während der Reparatur zu stützen.[4] [5]

Bei uns bedingt die Servitut eines Tragbalkens auf fremder Mauer der Regel nach die Reparaturpflicht des Eigenthümers derselben, ohne Rücksicht auf die Fassung des begründenden Vertrags. Auch liegt ihm hierbei das Stützen des herrschenden Gebäudes ob, es sei denn die Reparatur durch außergewöhnlichen Zufall veranlaßt oder bloß zum Besten des Berechtigten vorgenommen.[6] [7] Wie nach römischem Rechte, kann sich der Eigenthümer der dienenden Sache durch Aufgabe des Eigenthums an der Mauer und dem Boden, auf dem sie steht, von der Reparaturpflicht befreien.[8]

Wer als Eigenthümer des dienenden Grundstücks im Grundbuche verzeichnet steht, kann als solcher zur Reparatur angehalten werden, ohne Rücksicht auf wirkliches Recht oder Besitz. Er kann sich aber von dieser Verpflichtung dadurch befreien, daß er sich bereit erklärt, der Ueberschreibung des Theils seines Grundstücks, auf dem die dienende Mauer steht, auf den Nachbar zuzustimmen.

---

3) l. 8 §§. 1. 2 D. si serv. vind. 8, 5.

4) l. 8 pr. D. si serv. vind. 8, 5.

5) Die Motive der besonderen Behandlungsweise der servitus oneris ferendi nachzuweisen, ist noch nicht gelungen. Statuirte man sie vielleicht ursprünglich zum Ersatz der an und für sich fehlenden causa perpetua? l. 33 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

6) L. R. I, 22 §§. 56. 57.

7) Nach römischem Rechte theilt sich der Anspruch, wenn die dienende Mauer im Miteigenthum steht, gegen die Miteigenthümer l. 6 §. 4 D. si serv. vind. 8, 5, wenigstens soweit Geldersatz gefordert wird. Bei uns ist die solidarische Verhaftung der Miteigenthümer der Mauer zweifellos.

8) L. R. I, 22 §. 56. l. 6 §. 2 D. si serv. vind. 8, 5.

Digitized by Google

2. Durch das Traufrecht wird dem Nachbargrundstück die Last aufgelegt, das von unserm Gebäude abfließende Regenwasser entweder tropfenweise oder in Rinnen gesammelt aufzunehmen.[9] Wie der Nachbar es weiter leitet, ist seine Sache, daß er es aber auf das herrschende Grundstück zurückströmen lasse, widerspricht dem Zweck der Servitut.[10] Der Eigenthümer der dienenden Sache kann, sofern er nur die Traufe aufnimmt, sein Gebäude erhöhen[11] oder verändern. Auch der Eigenthümer des herrschenden Gebäudes kann dasselbe beliebig umbauen, wenn hierdurch die Servitut nicht lästiger wird.[12] Wer bloß Regenwasser auf das Nachbargrundstück ableiten darf, hat dafür zu sorgen, daß nichts Anderes mitgeschwemmt wird. Führt er den Abfluß von Flüssigkeiten mittels eines Kanals, so ist dessen Bedecken und Vergitterung an der Grenze nach dem Gesetze erfordert.[13]

3. Das Recht der freien Aussicht giebt nicht bloß ein Untersagungsrecht gegen alle die Aussicht hindernden Anlagen,[14] sondern im Zweifel auch das Recht, neue Fenster nach des Verpflichteten Hof und Garten zu öffnen,[15] ohne daß die regelmäßigen gesetzlichen Beschränkungen einer solchen Eröffnung eintreten.[16]

§. 301. Die Weggerechtigkeit.[1]

Die Weggerechtigkeiten, d. h. die an ein Grundstück geknüpften Rechte zur Passage über ein fremdes Grundstück[2] haben in Deutschland und beson-

---

9) l. 20 §. 2 ff. D. de serv. pr. u. 8, 2. Es ist bestritten, ob nach landrechtlichem Sprachgebrauch das Traufrecht auch das Recht des Abflusses von Regenwasser in Rinnen bezeichnet, oder ob dies Recht unter das des „Ausgusses" fällt, siehe bei Striethorst Bd. 97 S. 32 Citirte.

10) Die Entscheidung bei Striethorst Archiv Bd. 11 S. 232 erscheint uns hiernach nicht zutreffend.

11) L. R. I, 22 §. 61.

12) l. 20 §. 5 D. cit. loc.: stillicidium altius tolli potest: levior enim fit eo facto servitus: quum quod ex alto cadit lenius et interdum direptum.

13) L. R. I, 22 §. 60: „Ist zur Abführung der Flüssigkeit ein Kanal erfordert, so muß derselbe verdeckt und mit einem eisernen Gitter versehen werden." Das Gitter ist an der Grenze anzubringen, um zu hindern, daß das ablaufende Wasser Erde, Schmutz u. s. w. zum Nachbar bringt. Handelt es sich bei der Bedeckung des Kanals um dessen Lauf im herrschenden Grundstück? So Striethorst Bd. 61 S. 188.

14) l. 15 D. de serv. pr. u. 8, 2.

15) L. R. I, 22 §. 62.

16) Daß die Fenster nach der Vorschrift von L. R. I, 8 §. 138 vergittert werden müßten, wie Koch zu L. R. I, 22 §. 62 mit Rücksicht auf den in ganz anderer Beziehung gedachten Ausdruck „in allen Fällen," behauptet, ist unrichtig, entspräche auch gar wenig dem Rechte einer „freien Aussicht."

1) Gensler Archiv f. civ. Pr. Bd. 4, n. 20. Kritz Abhandlungen Nr. 1 u. 2.

2) An einem öffentlichen Wege erwirbt der Einzelne durch seine bloße Benutzung nicht den Besitz einer Weggerechtigkeit. Dagegen wird bei uns durch die Eigenschaft eines Weges als öffentlichen die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß ein Einzelner für sich oder sein Grundstück ein privates Wegrecht erwirbt, das auch nach etwaiger Kassirung des öffentlichen Weges fortbesteht. Striethorst Bd. 81 S. 331 ff.

Digitized by Google

ders auch nach preußischem Rechte eine vom römischen Rechte nicht unerheblich abweichende Gestalt angenommen, wenn diese auch auf der Grundlage der römischen Theorie erwachsen ist.

Die einzelnen Weggerechtigkeiten sind Fußsteige, Durchfahrten, Viehtriften.[3]

1. Im Fußsteige liegt an sich nur das Recht zum Gehen, nicht wie im römischen iter, das Recht zu persönlicher Kommunikation auch mittels Reitens und Tragenlassens. In Ermangelung anderweitiger Regelung stehen für den Fußsteig drei Fuß, falls auch Reiten und Karrenfahren besonders eingeräumt ist, vier Fuß in der Breite offen.

2. Das Triftrecht — in der regelmäßigen Breite von sechzehn Fuß — ermächtigt zum Durchtreiben von Vieh. Dasselbe schließt die Befugniß nicht ein, das Vieh weiden oder lagern zu lassen. Der actus der Römer gab an sich die Befugniß zur Ueberführung von bespannten Wagen, wie von Heerden, dagegen unsere Wegtrift beschränkt den Berechtigten der Regel nach auf das Letztere.[4]

3. Die Durchfahrt enthält das Recht, zu fahren, zu reiten und zu gehen, auch Vieh an Stricken überzuführen, nicht aber Vieh zu treiben. Die präsumtive gesetzliche Breite der Durchfahrt ist acht Fuß in gerader Linie und zwölf Fuß in der Biegung.[5] [6]

Der Berechtigte hat bloß die Befugniß eines ständigen Weges; zu beliebigem Wechsel desselben ist er nur befugt, wenn ihm dies besonders zugestanden wurde. Der Eigenthümer der dienenden Sache kann ihm daher der Regel nach, wenn der Weggzug noch nicht fixirt ist, einen bestimmten Weg anweisen, auf den sich der Servitutberechtigte beschränken muß, wenn er den Zwecken der Servitut entsprechend ist.[7] Auch durch stetige Uebung kann der Weggzug endgültig fixirt werden.

Das ohne besondere Beschränkung eingeräumte Wegrecht darf zu allen Bedürfnissen des herrschenden Grundstücks beansprucht werden, auch wenn es zunächst nur für einen einzelnen Zweck benutzt wurde.[8] Ueberlassung des Rechts an Dritte ist nur mit Einwilligung des Belasteten möglich. Anlagen

---

3) L. R. I, 22 §. 63 ff.

4) L. R. I, 22 §. 79.

5) L. R. I, 22 §. 79. Vgl. l. 8 D. de serv. pr. r. 8, 3 in porrectum VIII pedes habet, in amfractum XVI.

6) Ist das Wegrecht durch Ersitzung erworben, so entscheidet über die Breite des Weges die Uebung der Ersitzungszeit, nicht die präsumtive Vorschrift des Gesetzes. L. R. I, 22 §. 28.

7) l. 9 D. de servit. 8, 1. l. 13 §. 1 D. de serv. pr. r. 8, 3.

8) Ueber neue Anlagen und völlig veränderte Bestimmung des herrschenden Grundstücks siehe L. R. I, 22 §. 71, oben §. 294.

Digitized by Google

im belasteten Grundstücke, welche die Ausübung der Servitut erheblich hindern, kann der Berechtigte entgegentreten, unwesentliche Erschwerungen der Benutzung muß er hingegen dulden, z. B. Errichtung einer verschlossenen Thür, falls der Wegberechtigte den Schlüssel erhält.[9] [10]

§. 302. Weidegerechtigkeiten. Arten.[1]

Vornehmlich seit dem Ausgange des Mittelalters bildeten sich in Deutschland die zahlreichen Weidegerechtigkeiten, welche bis zur Durchführung der Gemeinheitstheilungen von besonderer Bedeutung für die Landeskultur waren.[2] Sie gewähren das Recht des Auftreibens von Vieh zur Weide, nicht aber anderweite Grasnutzung, z. B. durch Abmähen.

1. Die Weideberechte sind entweder nach Art und Stückzahl des aufzutreibenden Viehes bestimmt oder unfixirt. Wenn die Art des weideberechtigten Viehes nicht bestimmt ist, so erstreckt sich die Gerechtigkeit nach preußischem Rechte nur auf Zug-, Rind- oder Schafvieh,[3] während gemeinrechtlich dann jede Gattung zuzulassen ist.[4] Ist die Zahl bestimmt, so darf außerdem das noch säugende Jungvieh mitgetrieben werden.[5] Ist sie unfixirt, so entschied nach Landrecht, wie nach gemeinem Rechte, der Durchwinterungsfuß, d. h. die Zahl, welche das herrschende Grundstück aus eigenen Mitteln überwintern kann.[6] Nach der Gemeinheitstheilungsordnung ist aber regelmäßig zunächst bestimmend die thatsächliche Benutzung der letzten zehn Jahre, welche dem Antrage auf Ablösung oder auch dem Verlangen des

---

9) Auch Legung von Schienen zum privaten Gebrauch, z. B. zum Zweck der Ueberführung von Kohlen, muß sich der Wegberechtigte gefallen lassen, sofern die zeitweilig hierdurch entstehende Sperre die Ausübung der Servitut nicht erheblich stört.

10) L. R. I, 22 §. 76 bestimmt: „ist Jemandem die Durchfahrt durch ein Thor verstattet, so kann das letztere ohne Einwilligung des Berechtigten weder verengt, noch erniedrigt werden." Natürlich hat dies dann keine Anwendung, wenn der Wegberechtigte nachweisbar an der Veränderung kein Interesse hat.

1) Seuffert Beitrag zur Lehre vom Weiderecht Abh. 1837 S. 1 ff. Anschütz Beiträge zum deutschen Privatrecht, Archiv f. civ. Pr. Bd. 53 S. 293 ff. Eichhorn P. R. §§. 179 u. 180. Beseler §. 193. Roth Bayer. C. R. II §. 163.

2) Die Römer haben zwar in der Kaiserzeit — namentlich auf Autorität des Neratius — Weideservituten anerkannt. Allein in Folge des Erfordernisses der Vicinität kamen dieselben zu keiner großen Entwickelung, was ja volkswirthschaftlich nur vortheilhaft war. cfr. l. 1 §. 1, l. 3 pr., l. 4 D. h. t. 8, 3. Dagegen gehörten häufig Weiden mehreren Gutsbesitzern zusammen, sogen. compascua.

3) L. R. I, 22 §. 99. Im Falle der Ersitzung der Weidegerechtigkeit geht die Berechtigung nur auf die Art Vieh, welche während rechtsverjährter Zeit auf die Weide gebracht wurde.

4) Glück Bd. 10 S. 172.

5) L. R. I, 22 §. 98. Ebenso nach gemeinem Rechte.

6) L. R. I, 22 §. 90. Vgl. Mevius p. I dec. 28. Pufendorf obs. I, 123. IV, 109. Beseler P. R. §. 193 unter IV.

Digitized by Google

Belasteten auf Fixirung der Zahl vorausgingen; der Durchwinterungsmaßstab tritt nur aushülfsweise dann ein, wenn die Benutzung der letzten Jahre nicht mehr festzustellen ist, oder wenn der Berechtigte nachweisbar in dieser Zeit von seinem Rechte keinen oder doch einen geringen Gebrauch machte, als wozu er durch Urkunden, Judikate und Statuten befugt war.[7] Bei einer unbestimmten Weidegerechtigkeit darf der Berechtigte nur eigenes, nicht aber gepachtetes Vieh auftreiben,[8] bei einer fixirten steht der Weide fremden Viehes nichts entgegen.[9]

Ist die Zahl des aufzutreibenden Viehes nicht bestimmt, so hat der Eigenthümer des dienenden Grundstücks das Recht der Mithut — jus compascendi.[10] — Daher muß sich der Weideberechtigte, falls die Weide nicht für beide ausreicht, eine Verminderung des Viehstandes in demselben Verhältniß wie der Eigenthümer gefallen lassen.[11]

2. Nicht selten haftet die Weidegerechtigkeit an einer Feldmark als Ganzem, so daß deren Grundstücke als Bestandtheile derselben belastet sind. Solcher Gestalt ist namentlich die Schäfereigerechtigkeit, d. h. die Befugniß, Schafe aus der ganzen Feldmark unter einem eigenen Hirten zu hüten. Dieses Recht hatten die Gutsherren ganz regelmäßig an der bäuerlichen Feldflur in Anspruch genommen. Das Landrecht stellt daher sogar, was manche Schriftsteller mit Unrecht auch für das gemeine Recht annehmen, die Vermuthung für die Existenz des Schäfereirechts zu Gunsten der Gutsherrschaft auf.[12]

Die Schäfereigerechtigkeit schließt in der Regel das Recht der Mithut der Dorfgenossen aus; doch kann auch ihnen in gewissen Grenzen daneben ein Weiderecht zustehen.[13]

Die an der Feldmark als Ganzem bestehenden Gerechtigkeiten können gegen die Gemeinde als solche verfolgt werden, wie umgekehrt die Gemeinde

---

7) Vgl. oben §. 292. Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 §§. 166. 167 §. 31. §. 34. Es gilt dies im Wesentlichen auch für die Schäfereiberechtigung des Gutsherrn, Gem. Theil. Ordn. §. 39 in Abänderung von L. R. I, 22 §§. 159. 160.

8) L. R. I, 22 §. 91.

9) So auch Striethorst Archiv Bd. 82 S. 188 ff.

10) Vgl. oben §. 293 Anm. 2.

11) L. R. I, 22 §. 103 ff. Die im Landrecht recipirte Ansicht ist auch in der gemeinrechtlichen Praxis überwiegend. Vgl. Glück Bd. 10 S. 183. Dagegen Pfeiffer Zeitschrift f. deutsches Recht Bd. 13 n. 6 S. 180.

12) L. R. I, 22 §. 146. Ueber neu angelegte Kolonien vgl. jedoch L. R. I, 22 §. 148. Auch Gemeinden kann die Schäfereigerechtigkeit zustehen, Seuffert Archiv Bd. 19 n. 116.

13) Näheres über diesen Fall bestimmt L. R. I, 22 §. 152. — Kann der Schäfereiberechtigte die Heerde in verschiedene Haufen unter besonderen Schäfern theilen, wo dies nicht hergebracht war? Vgl. Seuffert Archiv Bd. 16 n. 196.

Digitized by Google

deren Nichtexistenz durch negatorische Klage geltend machen kann. Das Urtheil in einem solchen Processe macht Rechtskraft für und wider die Besitzer der in der Gemeinde belegenen Grundstücke.[14] Jedoch ist es den einzelnen Grundbesitzern möglich, durch besondere Rechtstitel die Freiheit von der gemeinen Last zu erwerben. Die Geltendmachung dieses besonderen Rechts steht ihnen daher auch noch offen, wenn die Gemeinde rechtskräftig zur Anerkennung der Weideservitut verurtheilt ist.

3. Eine sogenannte Koppelweide findet statt, wenn die Eigenthümer mehrerer Grundstücke das Recht haben, diese gegenseitig in Gemeinschaft zu beweiden.[15] Häufig erstreckte sich dies Recht auf die Grundstücke einer ganzen Flur. Einige gemeinrechtliche Schriftsteller fanden in diesem Verhältniß eine Art der Gemeinschaft — communio —, welche jeder Zeit auf den Antrag eines einzelnen Theilhabers zur Auflösung gebracht werden könne.[16] Dagegen erblickten Andere in der Koppelhütung gegenseitige Grundgerechtigkeiten, so daß das Recht jedes Einzelnen an den Grundstücken der Genossen ein selbständiges und ihm ausschließlich zugehöriges wäre. Diese Auffassung hat das Landrecht gebilligt. Vorausgesetzt ist freilich, daß die Koppelhütung als Recht, nicht als bloß widerrufliche Vergünstigung bestand. Gemeinrechtliche Schriftsteller stritten ferner darüber, für was die Vermuthung spreche.[17] Das Landrecht nimmt eine Gerechtigkeit und nicht bloß nachbarliche Freundschaft im Zweifel dann an, wenn die Ausübung der Koppelhütung beständig und dauernd geschah.[18]

§. 303. Weidegerechtigkeiten. Einschränkungen.

Die überkommenen zahlreichen Weidegerechtigkeiten erschienen schon zur Zeit Friedrichs des Großen als Hemmniß der landwirthschaftlichen Kultur[1]

---

14) Vgl. Anschütz l. c.

15) Man bezeichnet diese Koppelhütung als jus compasculationis reciprocum. Eichhorn Einl. §. 179. Keine Koppelhütung findet sich, wenn Mehrere gemeinsam auf dem Grundstück eines Dritten ein Hütungsrecht haben, L. R. I, 22 §. 133, sog. jus compascui. Ebensowenig, wenn Weidegrundstücke im Miteigenthum Mehrerer stehen und gemeinsam benutzt werden, L. R. I, 22 § 134, sog. compascuum ex jure dominii. Endlich ist das Recht des Grundstückseigenthümers zur Mithut neben dem Servitutsberechtigten, das sog. jus compascendi, nicht hierher zu rechnen. Beseler §. 193.

16) Vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 28 S. 140.

17) Vgl. Glück Bd. 10 S. 185 ff. Unter den Neueren spricht sich Gerber P. R. §. 145 Anm. 2 gegen jede Präsumtion aus, während die meisten Schriftsteller demjenigen, welcher sich auf eine precaria concessio zum Zweck der Anfechtung der Koppelhut beruft, die Beweislast auflegen, Eichhorn Einl. §. 179, Seuffert Archiv Bd. 18 n. 118.

18) L. R. I, 22 §§. 135—137. Präj. des Obertrib. 2533. Entsch. Bd. 28 S. 134. Daß ein beständiger Schäfer angenommen war, ist nicht erfordert.

1) Volkswirthschaftliche Grundsätze des A. L. R. 1869 S. 87 u. 88.

Digitized by Google

und wurden dies seitdem in immer höherem Grade. Daher hat die preußische Gesetzgebung die Ablösung dieser Rechte energisch gefördert, und sie zugleich, soweit sie bestehen blieben, auf ein weniger schädliches Maß zurückgeführt. Der civilistische Ausgangspunkt war hierbei die Pflicht des Servitutberechtigten zum „civiliter uti," von dem aus man zu folgenden Beschränkungen gelangte:

1. Der Weideberechtigte ist schuldig, das Vieh unter Aufsicht eines Hirten weiden zu lassen oder sonst Anstalten zur Verhütung von Beschädigungen zu treffen. Vernachlässigt er diese Obliegenheit, so haftet er selbst für zufällig erwachsenden Schaden.[2]

2. Dem Berechtigten ist die unzeitige Behütung der Felder und Wiesen untersagt. Sie darf also in Zeiten nicht vorgenommen werden, in welchen die Auftreibung des Viehes die Gewinnung des herkömmlichen Ertrags des Grundstücks durch den Eigenthümer gefährden und verkümmern würde. Insbesondere sind Wiesen während der sogenannten geschlossenen Zeiten nicht zu behüten. Ueber den Beginn und die Dauer entscheidet die Ortsgewohnheit[3] und letztlich die Bestimmung der Feldpolizeiordnung.[4] Nasse durchbrüchige Wiesen sind schlechthin von der Hütung befreit.[5] [6]

3. Endlich kann der Besitzer des belasteten Grundstücks behufs veränderter Kultur den Umfang der Weidefläche schmälern, wenn dem Berechtigten der Weidebedarf bleibt oder der entgehende Bedarf durch Anweisung eines andern gleich gut belegenen Stückes vergütet wird.[7] Namentlich ist

---

2) L. R. I, 22 §. 83 ff. Vgl. Feldpolizeiordnung §§. 3 ff. und 17. Mit ansteckenden Krankheiten behaftetes Vieh darf nicht aufgetrieben werden, Schmiervieh, d. h. eingeschmierte räudige Schafe, nur, wo dies ortsüblich ist. L. R. I, 22 §§. 87. 88.

3) L. R. I, 22 §. 109 ff. Durch das Edikt vom 31. August 1800 wurden die Hütungs- und Hebungstermine, welche noch in alterthümlicher Weise nach dem Julianischen Kalender berechnet wurden und daher im Laufe der Zeit immer später eintraten, auf Jahrestage des Gregorianischen Kalenders verlegt.

4) Die Feldpolizeiordnung §. 35 bestimmt die Vorhut auf Wiesen in den Provinzen Preußen und Pommern bis zum 1. Mai, in den übrigen Provinzen bis zum 1. April, die Nachhut bald vom 1. Oktober, bald vom 1. November ab. Ueber die Hütung einzelner im Gemenge liegender Feld- und Wiesenstücke, Feldpolizeiordnung §. 37.

5) L. R. I, 22 §. 112. Es liegt in dieser Bestimmung eine gesetzliche Beschränkung des Weiderechts, was bei der Ablösung zu berücksichtigen ist. Von einer Entschädigung ist auch im Landeskulturedikt von 1811 §. 21 nicht die Rede, da dieses vielmehr einfach auf das Landesrecht verweist. Siehe jedoch Lette und Rönne Landeskulturgesetzgebung Bd. II, 1 S. 100 ff. — Vgl. ferner Feldpolizeiordnung §. 36 über die zweijährige Schonung neugebauter oder umgebauter Wiesen.

6) Verwandlung ein- und zweischüriger Wiesen durch den Wiesenbesitzer in mehrschürige, wodurch die Nachhut verkürzt wird, stellt das Kulturedikt von 1811 §. 23 dem Belasteten gegen Entschädigung frei.

7) L. R. I, 22 §. 81. Gemeinrechtlich streitet man über diese, durch die wirthschaftlichen Verhältnisse gebotenen, streng juristisch aber kaum gerechtfertigten Ein-

Digitized by Google

jeder Interessent, welcher in der zur Hütung bestimmten Feldmark Aecker besitzt, berechtigt, einen verhältnißmäßigen Theil zum Anbau der Futterkräuter oder von Gartengewächsen einzuhegen.[8] Die Grenze dieser Einschränkung liegt darin, daß, wenn Jeder der Interessenten sich dieses Rechtes verhältnißmäßig bedienen würde, doch dem Berechtigten in gewöhnlichen Jahren genügende Weidefläche bliebe.[9] Weiter noch ging das Landeskulturedikt vom 14. September 1811, welches schlechthin den Ackerbesitzern die Befugniß ertheilte, den dritten Theil ihrer Ackerländereien der Hütung zu entziehen. Der Antrag kann von einzelnen Ackerbesitzern für ihre Besitzungen oder vom vierten Theile der Besitzer einer Feldmark für die gesammte Flur gestellt werden. Die Hütungsberechtigten sind zu entschädigen, insofern ihnen hiernach mehr entzogen wird, als bereits das Landrecht für zulässig erklärte.[10]

4. Die Waldweide muß nach dem Kulturedikt von 1811 §. 27 ff. dem Bedürfniß der Wiederkultur des Waldes nachstehen, so daß diejenige Fläche nicht behütet werden darf, deren Schonung zur Bewaldung erfordert wird. Nur im Falle einer ganz unentbehrlichen Waldweide soll dies eine Ausnahme leiden.[11]

§. 304. Waldservituten.[1]

Die Forstgerechtigkeiten sind fast unentbehrlich für die ärmeren Bevölkerungsklassen, welche durch dieselben Antheil an den Nutzungen des Waldes und Beihülfe zu ihrer Wirthschaft erhalten. Solche Gerechtigkeiten können aber der pfleglichen Behandlung und der rationellen, nur im Großbetriebe möglichen Bewirthschaftung des Waldes schädlich werden, weshalb sie durch die moderne Gesetzgebung theils Einschränkungen, theils Ueberwachungsmaß-

---

schränkungen; vgl. Hommel rhaps. quaest. I obs. 34, Pfeiffer Zeitschr. f. deutsches Recht Bd. 13 S. 155. Anschütz l. c. S. 295.

8) Die Bestimmung geschieht durch Sachverständige, L. R. I, 22 §. 123. Den Nachweis, daß nach der Kulturveränderung genügende Weide übrig bleibe, hat natürlich der Eigenthümer des belasteten Grundstücks zu führen. Anschütz l. c. S. 301.

9) L. R. I, 22 §. 119 ff. Andere Beschränkungen siehe im L. R. I, 22 §. 82. Vgl. Archiv f. Rechtsf. Bd. 4 S. 183.

10) Landeskulturedikt von 1811 §. 13. Gem. Theil. Ordn. von 1821 §. 181 ff. Nach Lette und Rönne Kulturgesetzgebung Bd. II, 1 S. 98 haben diese Bestimmungen fast nur noch historisches Interesse, da die vollständige Separation als vortheilhafter fast immer der Hutfreilegung eines Theils vorgezogen wird.

11) Beschränkter war das Recht des Waldeigenthümers nach L. R. I, 22 §§. 170—178. Natürlich muß nachweisbar sein, daß das dienende Grundstück seiner ursprünglichen Bestimmung nach Forstgrundstück war, Seuffert Arch. Bd. 17 n. 10.

1) L. R. I, 22 §§. 197—239. Gem. Theil. Ordnung vom 7. Juni 1821 §§. 114—140. Rönne Landeskulturgesetzgeb. Bd. II, 2 S. 130 ff. Beseler P. R. §. 198.

Digitized by Google

regeln unterworfen wurden.[2] [3] — Die Servituten am Walde[4] zerfallen in solche, die auf dem Holzertrage — Holzungsgerechtigkeit — und in diejenigen, welche auf den Nebenprodukten des Waldes lasten — Waldweide, Mast, Streugerechtigkeit.

I. Für die Holzungsgerechtigkeit ist hervorzuheben:

1. Sie ist bald Bauholz-, bald Brennholzgerechtigkeit. Wer die Holzungsgerechtigkeit ohne nähere Bestimmung hat, kann den Wald zu beiden Zwecken benutzen. Ist aber die Bauholz- und die Brennholzgerechtigkeit zusammen bewilligt, so bestehen zwei Servituten, von denen die eine durch Nichtgebrauch untergehen kann, während sich die andere erhält. Besondere Arten der Brennholzgerechtigkeit sind die Rechte auf abgängiges Holz, insbesondere auf Raff- und Leseholz, d. h. das Holz, welches in trocknen Aesten abgefallen oder als Reisig der gefällten Bäume — sogen. Abraum — zurückgelassen ist, weiter das Recht auf das Lagerholz, d. h. die vor Alter umgefallenen Bäume, ein Recht, welches in der Raff- und Leseholzgerechtigkeit so wenig, wie das auf Windbrüche oder stehendes abgestandenes Holz von selbst inbegriffen ist.[5]

2. Die Holzungsberechtigung kann, wie andere Servituten, eine gemessene oder ungemessene sein. Im ersteren Falle ist der Berechtigte zur Ver-

---

2) Die Nichtausbildung von Holzungsgerechtigkeiten im römischen Rechte mag sich zum Theil aus dem Mangel kleinerer bäuerlicher Besitzungen in der römischen Kaiserzeit erklären. Nur für die Weinberge, bei denen der Betrieb in kleinen Parcellen naturgemäß ist, findet sich das Recht erwähnt, ut pedamenta ad vineam ex vicini praedio sumantur l. 3 §. 1. l. 6 §. 1. D. de serv. pr. r. 8, 3.

3) Im Mittelalter war die Inforestirung, d. h. die Uebernahme des Waldeigenthums durch den Staat, hohe Geistliche oder Beamte, welche an der Spitze der Markgenossenschaften gestanden hatten, ein Mittel, die unpassend gewordene Form der Gemeinbenutzung abzustreifen, und es dauerten dann die Rechte der früheren Miteigenthümer häufig als Waldservituten fort. Maurer Geschichte der Markverfassung S. 219. Eichhorn D. Staats- und Rechtsg. IV §. 548. Roscher Volkswirthschaft II §. 192.

4) Das Recht zur Gewinnung des Holzertrags eines Waldes kann natürlich auf den verschiedensten Rechtstiteln beruhen. Im Einzelfalle ist die genauere Bestimmung des Rechtsverhältnisses stets Sache besonderer Untersuchung. Jedoch bestimmt das L. R., daß im Zweifel, wer das Holz in einem Walde uneingeschränkt benutzt hat, für den Eigenthümer, wer eine eingeschränkte Holznutzung hatte, als Servitutberechtigter anzusehen sei, daß aber, wenn die Nutzung von allen unter gleicher Einschränkung geschah, Miteigenthum angenommen werden solle. L. R. I, 22 §§. 197. 198. Ferner hat anerkanntermaßen, wer Eigenthum „der Bäume" hat, im Zweifel auch Eigenthum am Boden. Wessen Recht auf das Eigenthum an den Bäumen beschränkt ist, hat nur Recht auf Holz und Mastung, nicht auf Bodennutzungen, insbesondere auf Weide. L. R. I, 22 §§. 199. 200.

5) L. R. I, 22 §§. 214—217. 224. Ueber Abraum vgl. auch Striethorst Bd. 92 S. 117. Absolut verboten ist im Interesse der Waldkultur, daß der Raff- und Leseholzberechtigte Aexte, Beile und andere Instrumente zum Herabnehmen des dürren Holzes mit sich führe. L. R. I, 22 §. 219. Durch Verjährung kann daher das Recht zum Mitnehmen solcher Instrumente nicht erworben werden. Präj. des Obertribunals 1555.

Digitized by Google

äußerung der ihm zugewiesenen Quantitäten befugt. Die ungemessene Holzungsberechtigung beschränkt sich auf das Bedürfniß[6] des herrschenden Grundstücks, so daß selbst der Verkauf des bereits angewiesenen Holzes hier unzulässig ist und zum Wertherſatz verpflichtet.[7] Jedes Wirthschaftsjahr wird besonders angeschlagen. Die hinter dem Bedürfniß zurückbleibende Jahresnutzung giebt keinen Anspruch auf eine Nachforderung. Natürlich kann aber der Belastete, welcher schuldhafterweise die rechtzeitige Gewinnung des Holzes hinderte, nachträglich auf Ersatz in Anspruch genommen werden.[8]

Der Waldeigenthümer kann, wie schon das Landrecht bestimmte, die Umwandlung einer unbestimmten Brennholzgerechtigkeit in das Recht auf ein bestimmtes Holzdeputat nach Maßgabe der bisherigen Benutzung fordern. Der Berechtigte erhält dann über das Deputat freie Verfügung.[9] Die umgewandelte Berechtigung behält den Charakter einer Servitut, wenn der Berechtigte selbst den Holzertrag aus dem Walde zu entnehmen hat. Sie verwandelt sich in eine Reallast, wenn, was häufig bestimmt wird, der Eigenthümer des Waldes das geschlagene Holz dem Berechtigten abliefern muß.[10]

3. Der Holzberechtigte hat sich den forstpolizeilichen Anordnungen zu fügen. Die Raff- und Leseholzberechtigten ferner müssen sich die Anweisung

---

6) Die Brennholzberechtigung erstreckt sich nur soweit, als die eignen Brennmaterialien des betreffenden Gutes für dessen Bedürfniß nicht reichen, sofern deren Abrechnung nicht ausdrücklich durch Urkunden, Judikate, Statuten ausgeschlossen ist. Art. 4 des Ergänzungsgesetzes vom 2. März 1850.

7) L. R. I, 22 §§. 237. Ueber eine besondere Ausnahme L. R. I, 22 §§. 238. 239.

8) Das Bedürfniß wird bemessen nach den Bedürfnissen des herrschenden Grundstücks, so daß z. B. die Holzgerechtigkeit einer mit Bäckerei oder Branntweinbrennerei oder Gastwirthschaft verbundenen Besitzung das Recht auf das für dies Gewerbe erforderliche Holz, die einer Mühle zustehende Holzberechtigung zur Entnahme des für das Mühlenwerk nothwendigen Materials verleiht. Die Berechtigung des Gutes erstreckt sich ferner auch auf die Haushaltungen der Ausgedinger. Präj. des O. Trib. 1914, Entsch. Bd. 15 S. 491. Bei Veränderungen des herrschenden Grundstücks sind die früher entwickelten — oben §. 294 — allgemeinen Grundsätze maßgebend. Daher kann das durch Separation oder Regulirung entstandene Bedürfniß erweiterter Wirthschaftsräume durch die Holzgerechtigkeit befriedigt werden, nicht aber das durch freiwillige Vergrößerung des herrschenden Gutes hervorgerufene. Auch wäre wohl nach jenen allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden, daß eine Holzgerechtigkeit, welche den angesessenen Mitgliedern einer Gemeinde als solchen zukommt, späteren Anbauern gleichfalls zu Gute käme. — L. R. I, 22 §. 212 will aber in solchem Falle die Servitut auf die zur Zeit der Verleihung angesessenen Wirthe beschränken, was dann Entscheid. Bd. 16 S. 30 auf den Fall wirklicher „Verleihung" restringirt wird.

9) L. R. I, 22. §. 235. Pufendorf obs. I n. 124. Koch zu L. R. I, 22. §. 235.

10) Entsch. des O. Tr. Bd. 33 S. 393 ff. Bd. 43 S. 181 ff. Liegt bloß eine Fixirung der Servitut vor, so bedarf es nicht, wie bei einer Reallast, zur Wahrung des Rechts gegen Dritte der Eintragung desselben in das Grundbuch.

Digitized by Google

bestimmter Reviere, in welchen sie sammeln dürfen, und gewisser Holztage durch den Waldeigenthümer gefallen lassen.[11]

4. In dem Rechte des Eigenthümers auf die Unversehrtheit der nachhaltigen Ertragsfähigkeit des Waldes findet die Holzungsgerechtigkeit ihre Schranke. Reicht der Gesammtertrag des Holzes für mehrere Servitutberechtigte nicht aus, so tritt verhältnißmäßige Reducirung ein. Einer fixirten Holzgerechtigkeit steht der Eigenthümer des Waldes nach. Dagegen konkurriren dessen Gebrauchsansprüche mit den unbestimmten Holzgerechtigkeiten und bewirken eine Verminderung, wenn das gewinnbare Holz ohne Schuld des Eigenthümers nicht auch für seine Bedürfnisse reicht.[12]

5. Der mit der Holzungsgerechtigkeit Belastete ist nicht bloß zum Dulden und Nichtthun, also Unterlassen unforstmäßiger Rodung verpflichtet, vielmehr kann er von dem Berechtigten zur ordentlichen Waldcultur angehalten werden. Ist das Holzungsrecht auf eine gewisse Holzart eingeschränkt, so kann der Servitutberechtigte im Falle ihres Ausgehens deren Wiederanpflanzung fordern und hat selbst Entschädigungsansprüche, wenn den Belasteten an deren Ausgehen eine Schuld trifft.[13]

II. Unter den Gerechtigkeiten auf die Nebennutzungen des Waldes ist besonders wichtig das Streurecht, d. h. die Befugniß, abgefallenes Laub und Nadeln, sowie dürres Moos in fremdem Walde zum Unterstreuen unter das Vieh behufs der Düngerbereitung zu sammeln.[14] Der Bedarf des herrschenden Grundstücks nach Abrechnung der eigenen Mittel bestimmt auch hier das Maß des Gewinnungsrechts.[15]

Im Interesse der Erhaltung des Waldes ist das Streurecht zahlreichen Beschränkungen unterworfen. Seine Ausübung ist höchstens zweimal in der Woche und zwar nur in den sechs Wintermonaten zulässig; der Berechtigte muß sich die Anweisung gewisser Distrikte gefallen lassen, sich beim Waldeigenthümer melden und einen Legitimationsschein lösen.[16] Diese Bestimmungen sind im öffentlichen Interesse gegeben und deßhalb zwingender Natur.[17]

---

11) Kulturedikt vom 14. September 1811 §. 26.

12) L. R. I, 22. §. 226. Im Falle einer verschuldeten Vernachlässigung des Waldbestandes muß der Eigenthümer nachstehen. So Entsch. Bd. 19 S. 489 Präj. 2229 in Ausdehnung von L. R. I, 22. §. 229.

13) L. R. I, 22. §§. 231—234.

14) §. 1 der Verordnung vom 5. März 1843.

15) Ergänzung der Gemeinheitstheilungsordnung vom 2. März 1850 Art. 4.

16) Verordnung vom 5. März 1843 §. 4.

17) Präj. d. O. Trib. 2015, Entsch. Bd. 38 S. 393.

Digitized by Google

Verbrauch der Waldstreu zu anderen als Düngungszwecken ist außer einer Geldstrafe mit Verlust der Berechtigung auf ein Jahr, im Wiederholungsfalle für die ganze Besitzzeit bedroht.[18]

Zu den Nebennutzungen gehört ferner das Mastungsrecht, d. h. die Befugniß, Schweine in den Wald eines Andern zu treiben, um sie von den darin vorfindlichen Mastfrüchten, Eicheln, Buchennüssen, zu nähren.[19] Das Landrecht unterscheidet volle Mast, d. h. vollen Fruchtertrag, und Sprengmast, den minderen Ertrag. Wem das Mastungsrecht in fremdem Walde als Grundgerechtigkeit zukommt, kann sich desselben der Regel nach nur bei voller Mast bedienen; bei Sprengmast muß er sich mit dem Lesen der zur Schweinefütterung tauglichen wilden Baumfrüchte begnügen.[20]

Fünfter Titel.

Die Reallasten.[1]

§. 305. Begriff.

Auch im jetzigen preußischen Rechte kommen Reallasten,[2] d. h. Rechtsverhältnisse, bei denen die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen an ein Grundstück gebunden und in dasselbe vollstreckbar ist, häufig vor. Denn wenn zahlreiche Rechte dieser Art aufgehoben oder durch Ablösung beseitigt sind,[3] so entwickeln sich anderseitig stetig wieder neue, insbesondere durch die Einwirkung des öffentlichen Rechts.

Die juristische Natur der Reallasten ist, wie bei den gemeinrechtlichen Schriftstellern, so in der preußischen Literatur und Rechtsprechung Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten, die sich auch praktisch geltend machen. Bekanntlich sind die Hauptansichten folgende:

---

18) §§. 6. 7. 10 der gedachten Verordnung.

19) Koch Preuß. P. R. I. §. 348.

20) Vgl. L. R. I, 22. §. 187 ff.

1) Dunker die Lehre von den Reallasten 1837. Renaud Beitrag zur Theorie der Reallasten 1841. Friedlieb Die Rechtstheorie der Reallasten, Jena 1860. Gerber Abh. II S. 213 ff. P. R. §. 168 ff. Beseler P. R. § 190 ff. Förster III §. 188. Roth Bayer. Civilrecht II §. 169 ff. — Strohn in Striethorsts Archiv Bd. 12 S. 347 ff.

2) Bereits im Landrechte findet sich der Ausdruck Reallasten zur Bezeichnung solcher Verhältnisse: I, 20 §§. 154. 155. 156. Aber erst die neuere Gesetzgebung wendet den Ausdruck nach dem Vorgange der Wissenschaft regelmäßig und allgemein als technischen an.

3) Vgl. oben §. 210.

Digitized by Google

a. Man sucht die Schwierigkeit, welche das Gemisch obligatorischer und dinglicher Elemente darzubieten scheint, dadurch zu beseitigen, daß man den dinglichen Charakter der Reallast schlechthin leugnet. Diese Theorie sieht in der Reallast Forderungsrechte auf wiederkehrende Leistungen, welche sich von anderen nur dadurch unterscheiden, daß sich das verpflichtete Subjekt durch den jedesmaligen Besitz eines Grundstücks bestimmt.[4]

b. Eine zweite vermittelnde Auffassung betrachtet die Reallast im Ganzen als dinglich, da das Rechtsverhältniß selbst etwas Anderes sei, als eine bloße Summe von Obligationen und durch eine dingliche Klage geschützt werde; dagegen gilt der Anspruch auf die einzelnen fällig gewordenen Leistungen nur als persönlicher.[5]

c. Die dritte Ansicht schreibt nicht nur dem Rechte als Ganzen, sondern auch den Ausflüssen desselben, also den Ansprüchen auf die einzelnen Prästationen Dinglichkeit zu.

Nach preußischem Rechte ist diese letztere Auffassung unzweifelhaft die richtige. Denn die Reallastberechtigungen sind, soweit sie Publicität haben und vollwirksam sind, vom Gesetze ausdrücklich unter die Realforderungen gestellt[6] und bei der Vertheilung der Kaufgelder des belasteten zwangsweise veräußerten Grundstücks erhalten auch die einzelnen Prästationen vorzugsweise Befriedigung.[7]

Das Problem eines Rechtsverhältnisses von obligatorischem Inhalt und zugleich dinglicher Kraft hat man häufig dadurch zu lösen gesucht, daß man das belastete Grundstück personificirt und zum verpflichteten Subjekt macht. Hiernach könnte der jeweilige Besitzer nur als Vertreter des Grundstücks auf die fälligen Prästationen belangt werden, eine persönliche Verhaftung fände hingegen nicht statt. Es wäre die Reallast, wie dies auch die ältere Theorie geradezu aussprach, eine Art von Servitut, die in einem facere bestünde.[8] Doch diese Auffassung, welche das in der Reallast gegebene Element persönlicher Verhaftung des Besitzers leugnet, ist nicht glücklicher als die Theo-

---

4) Puchta Vorlesungen I §. 178. Savigny Obligationenrecht I S. 134. Gerber P. R. §. 167, Abhandl. II S. 231. Dieser Gelehrte sieht in dem Grundstück nur den äußeren Leiter des Forderungsverhältnisses, indem dessen ganze Betheiligung darin bestehe, daß es den jedesmaligen Schuldner präsentire.

5) So Wächter Erörterungen I S. 127, jedoch nicht in Folge allgemeingültiger Gründe, sondern gestützt auf die Vorschriften partikularer Würtemberger Gesetze. Beseler P. R. §. 190. Förster I. §. 188.

6) Konkursordnung vom 8. Mai 1855.

7) Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §§. 47—49. 51. 52. 55. Vgl. L. R. I, 18. §. 813. II, 11. §. 232. A. G. O. I. 50. §§. 357. 430. Subhastationsordnung vom 15. März 1869 §. 60.

8) Strohn in Striethorsts Archiv Bd. 12 S. 347. Von gemeinrechtlichen Schriftstellern Dunker Reallasten §. 16.

Digitized by Google

rie, welche deren dingliche Seite in Abrede stellt. Jene Personifikation des Grundstücks bildet eine Fiktion, aus der sich nicht erklärt, wie dem willenlosen Objekt eine Handlung obliegen soll. Die persönliche Verbindlichkeit des Reallastpflichtigen auch über den Besitz hinaus ist eine Thatsache, mit welcher wir rechnen müssen.[9] Die Reallast ist eben nicht das Produkt einer einfachen juristischen Idee; sie ist vielmehr das Erzeugniß eines geschichtlichen Prozesses, wonach sich mit der dinglichen Belastung des Bodens zugleich eine obligatorische Verpflichtung des jeweiligen Besitzers verband. Entsprangen doch die Reallasten vielfach aus Subjektionsverhältnissen, welche, wie Leib- und Gutsherrschaft, Vogtei, Gerichtsbarkeit, sich auf Grundstück und Besitzer zugleich erstreckten. Die juristische Analyse kann die persönlichen und dinglichen Elemente aufsuchen und scheiden: aber sie hat zuzugestehen, daß sie uns hier in einer Verknüpfung überliefert sind, welche sich auf einen einheitlichen juristischen Gedanken nicht reduciren lassen.

Die Reallasten können zu einem Geben — von Geld oder Naturalien — oder zu einem Thun — Dienstleistungen, Frohnden — verpflichten; sie sind theils von bestimmter Quantität, theils von veränderlicher Höhe, bald in bestimmten Perioden sich erneuernd, bald nur bei unregelmäßig wiederkehrenden Gelegenheiten geschuldet. Auch die Verpflichtung zur Leistung eines Erbzins- oder Erbpachtskanons von ehemaligen Erbzins- und Erbpachtsgütern fällt unter die Reallasten und wird als solche durch die Gesetze bezeichnet.[10] Die ewige Dauer der Last ist nicht, wie man dies zuweilen behauptet hat, ein wesentliches Merkmal der Reallast. Vielmehr bilden Auszugsrechte regelmäßig, Leibzucht, Witthum, Apanage möglicherweise Reallasten, obgleich alle diese Ansprüche an die Lebenszeit der berechtigten Personen gebunden sind.

Das Subjekt der Reallastberechtigung kann eine Person sein, sei es eine natürliche oder juristische. Nicht selten knüpft sich das Recht aber auch aktiv an ein Grundstück, z. B. an ein Rittergut. Der Konsequenz nach müßte dann die Verbindung eine unlösliche sein. Die Praxis sieht hiervon ab; man hat z. B. im Falle von Dismembrationen das Recht auf gewisse Reallasten als selbständige Gerechtigkeiten behandelt, für sich veräußert und sogar ein eignes Blatt im Grundbuche dafür angelegt.[11]

---

9) Präj. des O. Tr. 2479. Entsch. des O. Tr. Bd. 25 S. 310. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 16 S. 344. Bd. 31 S. 81. Bd. 63 S. 206.

10) Konkursordnung §. 51. Gemeinrechtliche Schriftsteller vertreten häufig ohne zulängliche Gründe die entgegengesetzte Ansicht.

11) Entsch. des O. Tr. Bd. 36 S. 181 ff. Vgl. oben §. 39.

Digitized by Google

§. 306. Die gemeinen Laſten.

Eine beſondere Klaſſe der Reallaſten bilden die auf dem öffentlichen Rechte beruhenden gemeinen Laſten.[1] Sie bedürfen zu ihrer Wirkſamkeit gegen Dritte nicht der Eintragung in das Grundbuch.[2] Auch haben ſie in höherm oder niederm Maße Vorzugsrechte im Falle der Subhaſtation des belaſteten Grundſtücks.[3]

Den gemeinen Laſten iſt weſentlich:

a. Sie müſſen auf der Verfaſſung des Ortes, des Kreiſes oder der Provinz beruhen. Für den Nachweis iſt aber nicht erfordert, daß ſie in einer Urkunde bezeugt ſind, es genügt ihre Anerkennung in einer Mehrheit von Verträgen oder Judikaten,[4] wenn danach die Verpflichtung der Einzelnen nicht auf ſpeciellen, frei vereinbarten Verträgen beruht, ſondern erſichtlich ihren Grund in einer allgemeinen Obſervanz hatte, welche durch jene Urkunden nur in den Einzelfällen feſtgeſtellt und näher beſtimmt iſt.

b. Ferner müſſen die fraglichen Laſten zu entrichten ſein entweder an den Staat oder an die Provincial- oder Kreisverbände oder die Gemeinde, oder an Schulverbände, oder die Kirche und die Geiſtlichkeit, oder endlich an eine Obrigkeit, wohin die ehemalige Gutsherrſchaft in dieſer Beziehung noch zu rechnen iſt.[5] Demgemäß geht durch die Abtretung der Realberechtigung an andere Perſonen die Eigenſchaft als gemeine Laſt verloren.[6]

c. Endlich muß die Laſt auf ſämmtlichen Grundſtücken derſelben Kategorie liegen, ſo daß der Beſitzer eines zu derſelben gehörenden Grundſtücks, welcher ihr nicht unterworfen zu ſein behauptet, eine beſondre Befreiung nachzuweiſen hat.[7]

Den gemeinen Laſten gleichgeſtellt ſind Verpflichtungen zu öffentlichen Wegen, Waſſer- und Uferbauten, ſowie Abgaben an Meliorationsgenoſſen-

---

1) Vgl. Hypothekenordnung von 1783 I, §. 48. Ohne Grund wollen manche gemeinrechtliche Schriftſteller die auf dem öffentlichen Rechte beruhenden Verpflichtungen von den Reallaſten im techniſchen Sinne ausſcheiden.

2) Geſetz über den Eigenthumserwerb §. 12.

3) Konkursordnung §. 47 ff. Subhaſt. O. §. 64. Einführungsgeſetz zur K. O. Art. X.

4) Entſch. des O. Tr. Bd. 36 S. 193.

5) Vgl. A. G. O. I, 50 §. 357 ff.

6) Entſch. des O. Tr. Bd. 35 S. 413. Es iſt dies nicht zweifellos. Bedenkt man jedoch, daß ſonſt Rechte, z. B. Zehntrechte, die ſeit Jahrhunderten an Private veräußert ſind, noch unter den gemeinen Laſten auftreten würden, ſo wird man dem Obertribunal beiſtimmen.

7) Nicht nothwendig iſt, daß die Laſt eine in beſtimmten Zeiten ſich erneuernde iſt, was man aus der Bezeichnung der Hypothekenordnung §. 48 „beſtändige Laſt“ ſchließen wollte. Es können daher auch Beſitzveränderungsabgaben gemeine Laſten ſein.

Digitized by Google

schaften und unter der Autorität des Staates bestehende gemeinnützige öffentliche Institute, z. B. Versicherungsverbände.

§. 307. Entstehung und Endigung der Reallasten.

Die Reallasten können entstehen:

1. in Folge des öffentlichen Rechts entweder unmittelbar durch Gesetz oder, was häufiger ist, mittels administrativer Anordnung auf Grund des Gesetzes; beispielsweise können zur Abwendung gemeiner Gefahr oder zur erheblichen Förderung der Landeskultur Deichverbände gebildet werden, zu deren Gunsten die einbezogenen Grundstücke und deren Besitzer mit Beiträgen und Leistungen belastet werden;[1]

2. durch Privatdisposition, also formgerechten Vertrag oder letztwillige Verfügung.[2]

Es muß die Absicht, daß die Verpflichtung auf dem Grundstücke und seinem jeweiligen Besitzer ruhen soll, entweder besonders erklärt sein oder bei Geschäften derselben Art die Regel bilden und daher zu vermuthen sein, wie dies z. B. bei Auszugsverträgen der Fall ist. Die Eintragung der Verpflichtung im Grundbuche ist nicht zur Begründung einer freiwillig bestellten Reallast nöthig, bedingt aber die Wirkung gegen Dritte.

3. Auch durch erwerbende Verjährung — ordentliche wie außerordentliche — kann eine Reallast entstehen,[3][4] so daß sie durch Eintragung Wirkung gegen Dritte gewinnt.[5]

Beständige Abgaben und Leistungen, welche nach dem Gesetz vom 2. März 1850 ablösbar sind, können nicht mehr, sei es durch Willensbestimmung, sei es durch Verjährung, begründet werden.[6] Das Gesetz

---

1) Gesetz über das Deichwesen vom 28. Januar 1848 §. 11. Daß diese Verpflichtungen im öffentlichen Interesse ihr Motiv haben und deshalb auch besonders privilegirt sind, hebt ihre privatrechtliche Natur nicht auf. Anders Gerber P. R. §. 169 Anm. 4.

2) Die Behauptung von Koch Pr. Pr. R. I. §. 351 a. E., daß die durch Willenserklärungen einem Grundstück *aufgelegten* Lasten — im Gegensatz zu *vorbehaltenen* — nicht die Natur von Reallasten, sondern die bloßer Forderungsrechte hätten und daß die Eintragung in das Grundbuch nur eine Hypothek verschaffe, vgl. §. 353 sub 1 b, ist unbewiesen und unbeweisbar. Doch sieht dies — wohl nur auf diese Autorität hin — als preußisches Recht an Roth a. a. O. II §. 170 Anm. 5.

3) Dies nimmt an das O. Trib. Entsch. Bd. 27 S. 297. Vgl. oben §. 173.

4) Gemeinrechtlich streitet man über die Zulässigkeit der Ersitzung einer Reallast, weil dieselbe durch keine besondere Gesetzesnorm vorgeschrieben werde. So u. A. Gerber P. R. §. 170 n. 8. Unvordenkliche Zeit wird hingegen allgemein berücksichtigt.

5) Zulässig ist auch die Uebertragung von Reallasten durch translative Verjährung. Vgl. Eichhorn Einl. §. 165.

6) Selbstverständlich ist, daß wenn Jemand gleichwohl eine derartige Reallast, z. B. eine Roggenrente, übernahm, er auch nicht etwa persönlich zur Entrichtung verpflichtet ist, da auf Begründung einer rein persönlichen Verbindlichkeit die Absicht nicht ging.

Digitized by Google

bezieht sich nicht auf Abgaben und Leistungen zu gemeinnützigen Zwecken, z. B. für die Deichgenossenschaften.[7] Auch ist die Neubegründung von Reallasten zulässig geblieben, welche nicht eine dauernde Belastung bezwecken, vielmehr an die Lebenszeit des Berechtigten geknüpft sind. Endlich gestattet das Gesetz die Konstituirung fester Geldrenten, dieselben sind aber nach Rechtsnothwendigkeit längstens mit Ablauf von dreißig Jahren und zwar höchstens zum fünfundzwanzigfachen Betrage der Rente Seitens des Verpflichteten ablösbar. Außerdem findet, wenn nicht Anderes ausgemacht ist, regelmäßig Ablösung zum zwanzigfachen Betrage der Rente nach vorgängiger sechsmonatlicher Kündigung statt.[8]

Die Reallast endigt, abgesehen vom Falle des gänzlichen Untergangs der belasteten Sache,

1) durch Konfusion, wenn der Reallastberechtigte den Besitz der belasteten Sache erwirbt;[9]
2) durch vertragsmäßige Aufhebung;
3) durch erlöschende Verjährung;
4) durch Zwangsverkauf, im Falle der Zuschlag frei von Reallasten erfolgte;
5) durch Ablösung auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen.

Gegen dritte Erwerber eingetragener Reallasten hat die thatsächlich eingetretene Beendigung Wirkung nur, wenn eine Löschung im Grundbuche erfolgte oder wenn die Dritten bei dem Erwerb Kenntniß von der Beendigung hatten.

§. 308. Rechtsverhältnisse.

Die Reallasten sind bei uns, wie die bisherige Ausführung ergab, theils öffentliche, vollwirksame, theils nicht öffentliche, unvollkommene. Bei den letzteren — den nicht eingetragenen, auf privatrechtlichem Titel beruhenden Lasten — überwiegt noch die persönliche Verpflichtung, die dingliche Seite besteht hauptsächlich in dem Anspruche auf Eintragung, so lange der, gegen welchen der Anspruch erworben ist, Eigenthum hat. Bei den vollwirksamen Reallasten — den gemeinen und den eingetragenen — liegt das Hauptgewicht auf dem dinglichen Moment, welches aber freilich das persönliche nicht völlig verdrängt. Nur diese Klasse kommt im Folgenden zur Frage.

---

7) Ferner sind, weil nicht ablösbar, noch immer konstituirbar solche Abgaben, welche nur ein Aequivalent eines eingeräumten Rechts, z. B. einer nothwendigen Servitut oder auch eines andern Nutzungsrechts enthalten.

8) Gesetz vom 2. März 1850 §. 91, vgl. Striethorst Bd. 95 S. 21.

9) L. R. I, 16. §. 482.

Digitized by Google

Die Einzelpräſtationen, welche ſich aus der Reallaſt entwickeln, liegen dem vollſtändigen Beſitzer des Grundſtücks perſönlich ob, ſoweit ſie während der Zeit ſeines Beſitzes fällig werden. Sie können aus ſeinem geſammten Vermögen beigetrieben werden. Auch bleibt er zu deren Entrichtung nach der Veräußerung des belaſteten Grundſtücks verbunden.[1] Dagegen haftet der Beſitznachfolger nicht perſönlich für die Rückſtände aus der Zeit des Vorbeſitzers. Denn die perſönliche Verpflichtung hat mit ihrem Fälligwerden den damaligen Beſitzer beſtrickt und ſo ein- für allemal eine feſte Geſtalt erhalten. Beſitzer, welche das Grundſtück nach ideellen Theilen innehaben, ſtehen ſolidariſch ein. Ebenſo werden im Falle einer Zertheilung des belaſteten Grundſtücks die Beſitzer der einzelnen Trennſtücke ſolidariſch für die ganze Laſt verhaftet, ſelbſt wenn, was nicht ſelten räthlich ſein wird, unter ihnen Einer zur Erfüllung der Verbindlichkeiten beſtimmt iſt. Jedoch hat eine Vertheilung der öffentlichen Laſten unter die mehreren Eigenthümer im Falle von Dismembrationen durch die Behörden einzutreten.[2]

Die dingliche Kraft des Anſpruchs auf die einzelnen Präſtationen zeigt ſich darin, daß derſelbe mit einer dinglichen Klage ausgerüſtet iſt, durch welche der Anſpruch für in das Grundſtück vollſtreckbar erklärt wird.[3] Dieſe Klage iſt gegen den zu richten, welcher im Moment der Klaganſtellung Eigenthümer oder vollſtändiger Beſitzer des Grundſtücks iſt, ohne Rückſicht darauf, ob derſelbe bei der Fälligkeit Eigenthümer war. Wer im Grundbuche als Eigenthümer eingetragen iſt, gilt ohne weiteres als paſſiv legitimirt. Ferner manifeſtirt ſich die Dinglichkeit in dem Vorrecht gegenüber anderen Gläubigern im Falle der Zwangsvollſtreckung.[4] Dieſes Vorrecht kommt vornehmlich zu Gute den nach der Subhaſtation oder der Konkurseröffnung laufenden Präſtationen und den Rückſtänden aus den beiden vorgehenden Jahren. Erfolgt die Subhaſtation — was unter Umſtänden zu geſchehen hat, — der Art, daß die Laſt nicht auf den Erſteher übergeht, ſo genießt der Ablöſungswerth der Laſt des gleichen Vorrechts.[5]

Auch die Reallaſt als Ganzes kann mit einer dinglichen Klage zur Anerkennung gebracht werden. Namentlich wird eine ſolche Klage vorkommen, wenn eine gemeine Laſt behauptet, aber beſtritten iſt; aber auch zur Feſt-

---

1) Gegen dieſe Anſicht erklären ſich freilich diejenigen, welche das Grundſtück als verpflichtetes Subjekt anſehen, wie Strohn bei Striethorſt Archiv Bd. 12 S. 347. Vgl. aber L. R. II, 7. §. 493. Förſter III. §. 188.

2) Näheres ſiehe oben §. 244 sub 3 und 4.

3) Striethorſt Archiv Bd. 2 S. 61. Dies beſchränkt ſich nicht auf zweijährige Rückſtände. Präj. des O. T. 2288. Entſch. Bd. 21 S. 44 ff. Striethorſt 95 S. 133.

4) Konkursordnung §. 47 ff.

5) Vgl. unten §. 348.

Digitized by Google

stellung des Umfangs und selbst der Giltigkeit einer eingetragenen Last kann sie Bedürfniß werden. Die Klage ist gegen den Eigenthümer oder vollständigen Besitzer des angeblich belasteten Grundstücks zu richten. Die Anerkennung des Rechts kann dann Grundlage einer Eintragung werden.

Endlich stehen wegen der Reallast possessorische Klagen offen, um den Besitzer des Grundstücks zur fortgesetzten Entrichtung der schuldigen Leistung zu nöthigen.[6] Namentlich ist diese Klage bei gemeinen Lasten zweckentsprechend, die nicht durch Verwaltungsexekution beitreibbar sind.[7][8]

§. 309. Einzelne Reallasten. Zehnten.

Von einzelnen Reallasten heben wir hervor den Zehntanspruch, also das Recht auf eine Quote des Fruchtertrags des belasteten Grundstücks. Regelmäßig besteht diese Quote im zehnten Theile des Ertrages, sie kann aber auch in anderm Verhältniß, z. B. als Zwanzigstel, Dreißigstel bemessen sein. Der Zehnte ist vorwiegend ein kirchlicher, da die Kirche diese Realabgabe als eine allgemeine Kirchensteuer forderte und auch großentheils durchzusetzen wußte.[1] Doch konnte sie den Uebergang des Kirchenzehnten in weltliche Hände nicht schlechthin verhindern.[2] Auch wurden Zehnten nicht selten Laien originär durch Vertrag oder durch Vorbehalt bestellt.[3]

Die Zehntpflicht, ursprünglich die bequemste Form der Abgaben,[4] wurde besonders dadurch ein Hinderniß der besseren Kultur, daß sie auch den Ertrag der Meliorationen besteuert.[5] Dazu kam seit der Kirchentren-

---

6) L. R. II, 7. §§. 487. 463 ff. Vgl. oben §. 160 Anm. 10. Dies soll freilich nach Präj. des O. Tr. 2031 auf Mühlenabgaben keine Anwendung finden, ein Präjudiz, das Koch Pr. Pr. R. I. §. 352 nicht ohne Grund als Ausfluß einer principlosen Kasuistik bezeichnet.

7) Hierüber vgl. Kabinetsordre vom 19. Juni 1836, betreffend die Einziehung der Kirchen-, Pfarr- und Schulabgaben.

8) Die dem Hypothekar nach §. 50 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 zustehenden Rechte — vgl. unten §. 340 — kommen auch den Reallastberechtigten entsprechend zu Gute. Striethorst Bd. 95 S. 154.

1) Die Kirche behauptete die Geltung des Levitenzehntens des mosaischen Rechts III. Mose 27, 26 ff. IV. Mose 18, 11 ff. auch für die Christenheit. Die Realisirung dieses Anspruchs war jedoch von der Lage der Verhältnisse im Einzelnen abhängig.

2) Die Uebertragung des Kirchenzehnten verbot zwar das lateranische Concil von 1179, wogegen aber der Reichstag von Gelnhausen protestirte. L. R. II, 11. §§. 858. 862 läßt eine solche Uebertragung namentlich auch mittels translativer Verjährung zu.

3) Vgl. Birnbaum rechtliche Natur des Zehnten 1831. Gerber P. R. §. 190 Anm. 3.

4) Roscher Nationalökonomie II §. 11 „bei schlechten Ernten giebt der Pflichtige wenig, bei guten viel, er giebt gerade in der Zeit und Art, wo er am besten kann. Rückstände sind kaum möglich, Remissionen kommen nicht vor."

5) Decimae solvendae sunt expensis non deductis. cap. 22 X de decimis 3, 30. L. R. II, 11. §. 894.

Digitized by Google

nung die Abneigung von Nichtglaubensgenossen, welche zehntpflichtige Grundstücke erwarben, an eine Kirche anderer Konfession zu zehnten. In Schlesien hatte aus diesem Grunde Friedrich der Große durch eine Ordre vom 3. März 1758 die evangelischen Eingepfarrten von der Pflicht der Zahlung des Zehnten befreit, worauf dann später[6] auch die Zehntpflicht katholischer Pfarreingesessenen an den evangelischen Pfarrer aufgehoben wurde. In Folge dessen wurde die Verpflichtung zur Leistung der Reallast durch die Konfession bedingt und ruhte während des Besitzes von Christen anderer Konfession, wachte aber wieder in Folge des Erwerbs des pflichtigen Grundstücks durch einen Konfessionsverwandten auf, ein Zustand, welcher die Pfarreinkünfte stetem und jähem Wechsel aussetzte und nach mannigfachem Schwanken der Gesetzgebung dazu führte, den Zehnten in Schlesien durch Gesetz vom 10. April 1865 von Amtswegen zur Ablösung zu bringen.[7] Den in der schlesischen Verfassung gegründeten Zustand setzt das Landrecht als den regelmäßigen voraus,[8] doch halten die Provinzialrechte der überwiegenden Mehrzahl nach an dem Principe der unbedingten Dinglichkeit des Kirchenzehntens fest, welche die Rücksicht auf die Verschiedenheit der Konfession des derzeitigen Besitzers ausschließt.[9]

Auch in andern Beziehungen war bereits das Landrecht den Zehntansprüchen wenig günstig. Eine Vermuthung für Zehntpflicht an die Parochialkirche wird nicht anerkannt.[10] Ferner ist da, wo der Zehnte ohne weitere Bestimmung hergebracht ist, darunter bloß der sogenannte Großzehnte begriffen, welcher sich nur auf Halmfrüchte von Aeckern und Wiesen bezieht.[11] Kleinzehnten, d. h. Abgaben von Garten- und Baumfrüchten im Garten und auf dem Felde, Blutzehnten von allem Vieh, welches zur Haus- oder Feldwirthschaft gehört, sind daher im Zweifel nicht zu entrichten.[12] Der Personalzehnt vom Arbeitslohn und Gewerbeverdienst sollte schlechthin abgeschafft sein,[13]

---

6) Durch die Kabinetsordre vom 30. September 1769.

7) Vgl. Friedberg die Schlesische Zehntverfassung, Zeitschrift für Kirchenrecht von Dove IV Heft 4.

8) L. R. II, 11. §§. 859. 872.

9) Vgl. u. a. Jacobson Kirchenrecht §. 168 Anm. 2.

10) L. R. II, 11. §. 860. cfr. cap. 18 X de decimis 3, 30. Wer zehntfreie Aecker neben zehntpflichtigen erwirbt oder sonst mit den letzteren zehntfreies Land vereinigt, muß dem Zehntherrn Anzeige machen und eine Absonderung durch Grenzmale unter dessen Zuziehung veranlassen, widrigenfalls die Vermuthung wider ihn ist. L. R. II, 11. §§. 867. 868.

11) L. R. II, 11. §§. 875. 876. Der Zehnten ist aber auch zu entrichten, wenn der Zehntpflichtige eine andere Art von Erzeugnissen baut, als wozu das Grundstück bisher gewöhnlich benutzt worden.

12) Vgl. L. R. II, 11. §§. 910. 915.

13) L. R. II, 11. §. 921.

Digitized by Google

der Novalzehnt von neu in Kultur gebrachten Aeckern war zwar vom Landrecht im Falle einer allgemeinen kirchlichen Zehntpflicht unter Beschränkungen beibehalten, ist aber durch das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 §. 35 allgemein beseitigt.[14] Die Streitfrage ferner, ob die Früchte, welche in der Brache gebaut werden, deren Anbau also früher nicht gebräuchlich war, zehntpflichtig seien,[15] wird vom Landrechte verneint und dem Zehntherrn nur ein Entschädigungsanspruch zugestanden, wenn durch die Brachnutzung ein Ausfall seines bisherigen Zehntgenusses entstand.[16] Auch wird dem Zehntpflichtigen jede Kulturveränderung gestattet, so daß er aber den Zehntherrn bei einer völligen Aenderung der Gestalt und Bestimmung des Grundstückes nach Maßgabe des Zehntertrags der letzten sechs Jahre entschädigen muß.[17] Unbebaut bleibende, bisher Zehnten tragende Aecker hingegen soll der Zehntherr selbst in Kultur nehmen können.

Was die Ausübung des Zehntrechtes betrifft, so kann der Zehntpflichtige seine Frucht — unter Zurücklassung des Zehnten — von dem Felde wegbringen, sofern der Zehntherr sich in gewisser Zeit — zwölf, in dringenden Fällen sechs Stunden nach der Anzeige — die Auszehntung nicht vorgenommen hat. Der Zehntpflichtige hat also die Auszehntung nicht schlechthin abzuwarten. Der Zehnt ist ein sogenannter fliegender, kein stehender.[18] Dagegen kann der Zehntherr den Anfang mit den aufgesetzten Garben machen, wo er will.[19] Auch kann Remission wegen erlittener Unglücksfälle dem Principe des Zehntrechts nach nicht gefordert werden.[20]

Statt des Naturalzehnten wird häufig eine Quantität des gedroschenen Getreides — Sachzehnte — oder auch eine gleichförmige Abgabe an Geld geliefert. Die bloße Annahme dieser Abgaben während rechtsverjährter Zeit nimmt dem zum Naturalzehent Berechtigten sein Recht auf den Naturalzehnt noch nicht, es sei denn, daß der Verpflichtete seiner Verbindlichkeit zur Leistung des Naturalzehents widersprochen hat und der Berechtigte sich dabei durch rechtsverjährte Zeit hindurch beruhigt hat.[21] Der Pflichtige hat bei dergleichen fixirten Abgaben Anspruch auf Remission wegen besonderer Unglücksfälle.[22]

---

14) Begriff des Neulands L. R. II, 11 §. 890.

15) Pufendorf obs. II. obs. 157 §. 5.

16) L. R. II, 11. §. 880 ff.

17) L. R. II, 11. §. 885 ff. Vgl. außerdem II, 11. §. 878 f.

18) Näheres L. R. II, 11. §. 901.

19) L. R. II, 11. §. 895. Provinzialrechtlich vielfach abweichend näher bestimmt.

20) L. R. II, 11. §. 911. Partikularrechtliche Abweichung Entsch. des O. Trib. Bd. 3 S. 206 ff.

21) L. R. II, 11. §. 924 gemäß allgemeiner Grundsätze.

22) Vgl. L. R. II, 11. §§. 930—933. 936.

Digitized by Google

§. 310. Altentheile.[1]

Altentheil — Auszug, Leibzucht — ist der bei Abtretung eines Bauergutes gemachte Vorbehalt von Nutzungen und Leistungen zur lebenslänglichen Alimentation des Abtretenden oder auch anderer Personen, z. B. seiner Frau. Es war dereinst ein Recht der Gutsherrschaft, den Unterthan, welcher der Bewirthschaftung einer bäuerlichen Stelle nicht gewachsen war, zu deren Abtretung an einen kräftigen Nachfolger gegen einen Auszug anzuhalten.[2] Jetzt geschieht eine solche Abtretung durch den der Arbeit unfähigen oder müden Bauer nur freiwillig, aber nach weitverbreiteter Sitte.

Auch der freiwillig konstituirte Auszug bildet gemäß den Zwecken des Instituts und nach dem Willen der Parteien eine auf dem abgetretenen Grundstücke ruhende, auf dessen jedesmaligen Besitzer übergehende Reallast,[3] woraus zu folgern ist, daß der Konstituent des Altentheils seinerseits nach der Veräußerung des Grundstückes wegen später verfallender Prästationen wenigstens dann nicht haftet, wenn die Last im Grundbuche bereits eingetragen und somit auf den Besitznachfolger übergegangen ist.[4]

Die Begründung des Altentheils geschieht durch schriftlichen Vertrag. Die im Landrecht festgehaltene Nothwendigkeit gerichtlicher Regulirung zur Verhütung übermäßiger Belastung der Stelle ist beseitigt.[5] Gegen Dritte hat auch der Altentheil nur Wirkung im Falle seiner Eintragung im Grundbuche.[6][7]

---

1) L. R. I, 11. §. 602 ff. verweist auf die Provincialgesetzgebung. Koch Recht der Forderungen Bd. 3 S. 858 ff. Gruchot Bd. 12 S. 426 ff. Gemeinrechtliche Literatur: Runde, die Rechtslehre von der Leibzucht Oldenburg 1805. Beseler P. R. §. 188.

2) L. R. II, 7. §. 293 ff. I, 21. §§. 644. 646.

3) So auch Entsch. Bd. 29 S. 301, Präj. 2739. Striethorst Archiv Bd. 10 S. 229. Bd. 12 S. 25. Die gemeinrechtlichen Juristen streiten über die Reallastnatur. Eichhorn Einl. §. 163 n. 1. Runde Leibzucht S. 411. Dagegen u. A. Beseler P. R. §. 188.

4) Das Gegentheil hat freilich das Obertribunal Entsch. Bd. 32 S. 348 bei Gelegenheit eines Falles angenommen, in welchem nach der Sachlage ein Anspruch gegen den Konstituenten auf Vergütung wegen Verzichts auf die Reallast begründet war.

5) L. R. I, 11. §§. 603. 604. Gesetz vom 11. Juli 1845 §. 1.

6) G. B. O. §. 76: „Altentheile werden in der zweiten Abtheilung eingetragen. In dem Eintragungsvermerk ist auf die zu den Grundakten in beglaubigter Form einzureichende Festsetzung des Altentheils zu verweisen, einer Eintragung der einzelnen Leistungen bedarf es nicht." Weicht diese Festsetzung von den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrags ab, so ist sie nach jetzigem Rechte für Dritte allein maßgebend, da sie einen integrirenden Theil der Eintragung bildet. Anders nur, wenn ein Irrthum, z. B. ein Schreibfehler untergelaufen ist und dies dem Dritten beim Erwerb bekannt war. Auch dies leugnet zwar Turnau zu G. B. O. §. 76 mit Berufung auf Eigenthumsgesetz vom 5. Mai 1872 §. 12; aber der Fall der Nichteintragung und der eines Fehlers in der Eintragung liegen ganz verschieden.

7) In der durch die Parteien vereinbarten Festsetzung des Altentheils liegt zugleich implicite die Eintragungsbewilligung, so daß sowohl der Berechtigte wie der

Digitized by Google

Die an den Altsitzer zu machenden Leistungen können bestehen im Ueberlassen einer Wohnung und von Grundstücken, in Lieferung von Naturalien (Früchte, Fleisch; Tabak, Feuerung, Licht, Kleider), ferner in Versprechen von Diensten, z. B. Bearbeitung der Leibzuchtländereien, endlich in einer sich zu den übrigen Leistungen gesellenden Geldabgabe. Hierzu kommt die Verpflichtung, welche meist stipulirt wird, sich aber unter allen Umständen von selbst versteht, einer angemessenen und anständigen Behandlung. Auch wo die Leibzucht bloß in der Gewährung einer getrennten Wohnung — Leibzuchtswohnung — besteht, hat sie überwiegend die Natur einer Reallast; der Altsitzer ist also im Falle des Unterganges des Wohngebäudes berechtigt, vom Belasteten dessen Wiederherstellung oder die Beschaffung anderer Wohnung zu fordern.[8]

Inhalt und Umfang der schuldigen Prästationen richtet sich, soweit ausdrückliche Festsetzungen fehlen, nach dem Herkommen und Gebrauche des Ortes unter Berücksichtigung der Kräfte des Gutes und der Bedürfnisse des Altsitzers. Auch muß sich der Leibzüchter der Regel nach mit Naturalien der Art begnügen, die das Grundstück erträgt. Gleich anderen Alimenten sind die Altentheilsprästationen im Zweifel praenumerando zu entrichten.[9] Der Leibzüchter muß, wenn er sich nichts anderes vorbehalten hat, die ihm zu machenden Leistungen selbst auf dem belasteten Grundstücke in Empfang nehmen. Hat sich der Berechtigte nicht in der Zeit zur Empfangnahme eingefunden, in welcher nach der Intention des Vertrags die Erfüllung geschehen sollte, so kann er später nicht Nachlieferung fordern, sondern nur den Betrag, um welchen der Belastete in Folge der Nichtleistung bereichert ist.[10] Trifft den Belasteten die Schuld der Nichterfüllung innerhalb jener Zeit, so kann er sich nicht durch späteres Angebot des ursprünglichen Schuldobjekts befreien, sondern hat dem Berechtigten dessen volles Interesse zu leisten.

Die Ansprüche des Altsitzers sind übertragbar, soweit sie nicht ausschließlich für seine Person bestimmt und deßhalb an sie gebunden sind. Dieser Art ist namentlich das Recht auf die Leibzuchtswohnung. Es ist daher der Leibzüchter zu deren Vermiethung ohne Zustimmung des Belasteten nicht befugt. Dergleichen der individuellen Person bestimmte Anrechte sind dem Altsitzer auch nicht durch Exekution entziehbar.[11] Nicht einmal die Aufnahme fremder Personen zu sich ist dem Altsitzer gestattet, sie seien denn zu seiner

---

Grundeigenthümer gestützt auf dieselbe die Eintragung vom Grundbuchamte fordern kann. Gesetz über den E. E. §. 13.

8) Gruchot Bd. 12 S. 443.

9) L. R. I, 16. §. 61 ff. Entsch. des O. Trib. B. 39 S. 74.

10) Vgl. Seuffert Archiv Bd. 18, 156. Vgl. Gruchot Bd. 19 S. 287.

11) Vgl. Rönne Erg. zu A. G. O. I, 24 §. 116 ff.

Digitized by Google

Pflege und Wartung nöthig.[12] Vielbestritten ist aber die Frage, ob der Altsitzer auf die Leibzucht heirathen und den neuen Ehegatten und die mit ihm erzeugten Kinder an den Vortheilen der Leibzucht, insbesondere der Wohnung Theil nehmen lassen kann? Sie ist faktischer Natur und davon abhängig, ob durch diese Theilnahme die Lage des Belasteten erheblich verschlechtert wird. Das Obertribunal bejaht diese Frage hiernach für den Fall, in welchem dem Leibzüchter eine besondere Leibzuchtswohnung und bestimmt festgesetzte Prästationen zustehen, verneint sie, wenn der Altsitzer nur Theil an der gemeinsamen Wohnung des Grundstücksannehmers hat.[13] Eine Auslegungsfrage ist ferner, ob Auszugsleistungen, welche zwei Ehegatten zusammen zugesichert waren, nach dem Ableben des Einen dem Ueberlebenden, soweit sie theilbar sind, nur zur Hälfte zu reichen oder ungeschmälert auszuzahlen sind.[14] Ist eine andere Meinung der Kontrahenten nicht erkennbar, so wird die geringere Verhaftung, also zur Leistung der Hälfte als beabsichtigt angenommen.[15]

Der Altsitzer ist befugt, in Fällen schlechter Behandlung durch den Gutsannehmer, bei erheblichen Beschimpfungen, Bedrohungen, körperlichen Verletzungen, statt der künftig fälligen Naturalleistungen Geldentschädigung zu fordern. Denn daß der Altsitzer unter solchen Verhältnissen weiter beim Gutseinnehmer hause und dort die Naturalleistung in Empfang nehme, entspricht nicht den Gedanken und Zwecken bei Abschluß des Auszugsvertrags. Da ihn nun die Schuld des Annehmers hieran hindert, so gründet er hierauf mit Recht eine Entschädigungsforderung.[16] Dagegen kann der Altsitzer

---

12) Seuffert Archiv Bd. 1, 250.

13) Präj. des O. Trib. 509. Entsch. Bd. 4 S. 23. Gemeinrechtlich herrscht Streit. Die Volksansicht tritt in der Parömie hervor, „ein Leibzüchter darf nicht züchten." Nicht selten hat man l. 4 §. 1 D. de usu 7, 8 hiergegen ins Feld geführt. vgl. auch Hommel rhaps. vol. II obs. 253.

14) Es finden sich drei Ansichten: a) für ungeschmälerte Fortreichung der Prästationen Seuffert Archiv Bd. 1, 328, b) verhältnißmäßige den Gutskräften und den Bedürfnissen des Ueberlebenden entsprechende Reduction, c) Theilung der theilbaren Prästationen. Die zweite Auffassung, an sich rationell, ist praktisch schwer zu verwirklichen. Man wird sich der Regel nach für Theilung der theilbaren Prästationen entscheiden müssen, falls dies nicht ersichtlich den Intentionen des Contracts zuwiderläuft. Nicht zu theilen ist z. B. das Holz für die Auszugsstube. Vgl. Seuffert Archiv Bd. 20 n. 151.

15) Präj. des O. Tr. 618, siehe auch L. R. I, 11. §. 615.

16) Dies nimmt auch das Obertribunal an. Es stützt sich hierbei indessen nicht auf die besondere Natur des Vertrags, sondern auf L. R. I, 5. §. 369: „Ist zwar nicht die Erfüllung des Vertrags, aber doch die darin bestimmte Art durch die Schuld des Verpflichteten oder durch einen in dessen Person sich ereignenden Zufall unmöglich, so ist der Berechtigte eine andere Erfüllungsart zu wählen befugt." Ulrich Archiv Bd. 14 S. 124 ff. Striethorst Archiv Bd. 6 S. 103. Bd. 65 S. 144. Die Beziehung auf diesen Text ist unglücklich. Nicht die Art der Erfüllung, sondern die

Digitized by Google

die Aufhebung der Gutsabtretung nicht ohne weiteres um deswillen beantragen, weil der Gutsannehmer seinen Verbindlichkeiten nicht nachkommt. Es ließe sich hierfür zwar anführen, daß in solchem Falle ein wesentlicher Zweck des Geschäfts nicht erreicht wird. Allein derselbe kann doch durch Klage auf den Gelderſatz noch immer wenigstens mittelbar verwirklicht werden; für solche Fälle aber besteht eine resolutorische Klage der Regel nach nicht.[17] Anders, wenn der Gutsannehmer den Ausgedinger ermordet oder schuldhafterweise dessen Tod verursacht hat. Hier ist selbst ein Ersatz der Naturalleistung durch ein Geldsurrogat unmöglich geworden. Es können daher die Erben das überlassene Grundstück vom Gutsübernehmer wegen völliger Vereitelung der Zwecke der Abtretung zurückverlangen.[18]

§. 311. Laudemien.[1]

Die in Besitzveränderungsfällen zu entrichtende, meist in gewissen Procenten des Verkaufspreises bestehende, auf einem Grundstück ruhende Abgabe — das Laudemium — ist zu den Reallasten zu zählen, obgleich sie sich von anderen Lasten dieser Art durch ihre Unständigkeit unterscheidet.[2] Die Auflegung von Laudemien war dereinst Regel im Falle der Verleihung von Grundstücken zu bäuerlichen Nutzungsrechten. Daher spricht die Vermuthung für die Laudemialeigenschaft bei ehemaligen Erbzinsgütern.[3] Aber auch bei Grundstücken, die im ungetheilten Eigenthum standen, findet sich die Last.[4]

Nicht laudemialpflichtig sind regelmäßig Descendenten des letzten Besitzers, ohne Unterschied, ob sie das Grundstück von demselben ererbten, oder unter Lebenden annahmen, oder erst bei einer Erbtheilung durch Abfindung ande-

---

versprochene Leistung selbst ist unthunlich, nicht eine andere Erfüllungsart wird gewählt, sondern Ersatz wegen der Schuld des Belasteten.

17) Allerdings suchte das Obertribunal eine Klage auf Aufhebung der Gutsüberlassung im Präj. 2066 durch Beziehung auf L. R. I, 5. §. 408 zu begründen. Danach soll „bei Verträgen, deren Hauptgegenstand Handlungen bilden," ein Abgehen vom Vertrage im Falle der Nichterfüllung gerechtfertigt sein. Mit Recht aber hat man gegen die Anwendung dieser Gesetzesbestimmung geltend gemacht, daß der Vertrag der Gutsüberlassung gegen Reichung eines Auszugs durchaus nicht unter jene Vertragskategorie zu rechnen sei. Vgl. hiergegen Sommer in Ulrichs Archiv Bd. 14 S. 181 ff. Gruchot Bd. 3 S. 163 ff. S. 461 ff. Auch das Obertribunal selbst hielt an jenem Präjudiz nicht fest. Striethorst Archiv Bd. 6 S. 4.

18) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 64 S. 17 ff.

1) Lette und Rönne Landeskulturgesetzgebung II S. 388 ff.

2) Früher verneinte das Obertribunal um deswillen die Eigenschaft der Laudemien als Reallasten Präj. 204. Entsch. Bd. 24 S. 349. Dagegen hat es dieſebe in neuerer Zeit überwiegend anerkannt. Vgl. Striethorst Bd. 82 S. 80.

3) L. R. I, 18 §. 714.

4) Vgl. L. R. I, 18 §§. 815 u. 816.

Digitized by Google

rer Descendenten in dessen Besitz kamen. Sie galten der Regel nach als in der ursprünglichen Verleihung inbegriffen.[5]

Im einzelnen Falle wird die Abgabe fällig mit der Eintragung des Eigenthumsüberganges im Grundbuche.[6] In den Fällen, wo sich der Eigenthumserwerb ohne Eintragung vollzieht, kann aber der Laudemialberechtigte die Eintragung durch Vermittelung des Grundbuchamtes erzwingen.[7] Die Verpflichtung ruht auf dem neuen Erwerber.

Steht zwar die Laudemialpflicht fest, nicht aber die Höhe des Laudemiums, so ist dasselbe bei ehemaligen Erbzinsgütern auf zwei Procent des Kaufpreises zu bemessen, eine landrechtliche Bestimmung, die sich an das römische Recht anlehnt.[8] [9]

Die Laudemialpflicht, welche man dereinst als eine erst in der Zukunft vom Besitznachfolger zu entrichtende Abgabe ohne besonderes Widerstreben übernahm, wurde lästig, seit die Grundstücke in den raschen und häufigen Verkehrswechsel der Neuzeit geriethen, mit dem eine stetige Steigerung des Werthes, also auch dieser Abgabe, verbunden war. Seitdem tritt ihr die Gesetzgebung entgegen.

Schon aus dem Landeskulturedikt vom 14. September 1811 folgerte man die Unzulässigkeit der ferneren Auflegung dieser Belastung als einer kulturschädlichen,[10] eine Folgerung, welche das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 im Wege einer authentischen Deklaration bestätigte. Außerdem beseitigte dieses Gesetz ohne Entschädigung die hie und da vorkommenden Laude-

---

5) L. R. I, 18 §. 716 ff. Präj. 1082. Entsch. des O. Tr. Bd. 50 S. 192.

6) L. R. I, 18 §. 731.

7) Entsch. des O. Tr. Bd. 13 S. 227. G. B. O. §§. 55. 56.

8) L. R. I, 18 §. 720. Die l. 3 C. de jure emphyteutico 4, 66 hat aber freilich einen zwingenden Charakter und verbietet eine höhere Abgabe als zwei Procent, was die deutsche Praxis nicht anwendete.

9) Ueber die Details der Berechnung, insbesondere auch über die Berechnung, im Falle das Gut aus einem andern Rechtsgrunde als Kauf übergeht vgl. L. R. I, 18 §. 720 ff. Das Inventarium ist der Regel nach frei, es sei denn, daß der Berechtigte nachweist, daß das Inventar bei der ersten Gutsverleihung mit übergeben wurde. L. R. I, 18 §. 721; hinsichtlich der auf dem Grundstücke errichteten Gebäude siehe Plenarbeschluß vom 22. November 1847, Präj. 1942. Entsch. Bd. 15 S. 23. Derselbe unterscheidet im Anschluß an ältere Praktiker meliorationes ordinariae, d. h. solche, welche der regelmäßigen Bestimmung des Bauerngutes entsprechen, z. B. Bau einer Scheune, und meliorationes extraordinariae, z. B. Einrichtung eines Wohnhauses auf einem bei einer Stadt gelegenen früheren Ackergute, oder Bau einer Fabrik auf demselben. Die Gebäude der ersteren Kategorie sind bei der Berechnung nicht abzuziehen, wohl aber die der zweiten. — Im Falle einer Ablösung von Lasten von dem Grundstücke, welche nicht einseitig ohne Willen des Laudemialherrn auf dasselbe gelegt waren, ist das Ablösungskapital in Abzug zu bringen. Deklaration vom 25. April 1845.

10) Landeskulturedikt vom 14. September 1811 §§. 2. 7. Entsch. des O. Tr. Bd. 15 S. 242. Präj. 1863.

Digitized by Google

mien bei Besitzveränderungen der herrschenden Hand, ließ ferner bei Veränderungen der dienenden Hand nur eine — die höhere — von mehreren Grundabgaben bestehen, da man die gesetzliche Vermuthung aufstellte, daß die niedere zu den aus bloß publicistischen Verhältnissen entspringenden vom Gesetze allgemein aufgehobenen Abgaben gehörte.[11] Endlich erklärte das Gesetz die Berufung auf Observanz behufs des Nachweises der Laudemialpflichtigkeit eines Grundstücks für unzulässig, was seine Veranlassung in den sehr verschiedenen Anforderungen hatte, welche die Gerichte behufs Klarstellung einer Observanz gemacht hatten. Dagegen soll es zum Nachweis der Laudemialpflicht genügen, wenn dieselbe von einem Besitzer des Grundstücks in einer öffentlichen Urkunde auch ohne Angabe des Rechtsgrundes anerkannt war.[12] Die Ablösung dieser Last wurde endlich in besonderm Maße erleichtert. Bei derselben werden für jedes Jahrhundert höchstens drei Besitzveränderungsfälle vorgenommen. War die Abgabe bei allen Successionen außer denen von Descendenten zahlbar, so werden zwei Fälle auf ein Jahrhundert gerechnet.[13] Die Schätzung der Besitzveränderungsabgabe geschieht nach dem gemeinen Kaufwerthe des Grundstücks, wobei jedoch verschiedene Abzüge zu machen sind. Der hundertste Theil der Summe, welche hiernach den Ertrag der Abgabe für ein Jahrhundert repräsentirt, bildet den Jahreswerth der abzulösenden Berechtigung. Vom Zeitpunkte des Anbringens der Provokation auf Ablösung an sind Besitzveränderungsabgaben nicht mehr zu leisten. Dagegen ist dem Pflichtigen von diesem Augenblick an die später ermittelte Jahresrente zu berechnen.[14]

---

11) Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 §. 38.

12) Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 §. 40. Das Gesetz unterscheidet nicht, ob das Anerkenntniß dem Berechtigten gegenüber abgegeben ist. Bei dem singulären Charakter der Vorschrift genügt daher auch ein Anerkenntniß, welches von dem Verpflichteten einem Dritten abgegeben ist, beispielsweise in Kaufkontrakten, durch welche das pflichtige Grundstück veräußert wurde. Striethorst Archiv Bd. 5 S. 69.

13) Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 §. 42 sub 1.

14) Ablösungsgesetz §. 43 ff.

Digitized by Google

Fünfter Abschnitt.

Das Pfandrecht.[1]

§. 312.

Einleitung.

Das römisch-justinianische Recht kannte nur ein Pfandrechtsinstitut, die Hypothek. Denn diese, durch Vertrag, und zwar an Mobilien wie Immobilien begründbar, hatte in Folge der Leichtigkeit ihrer Bestellung die älteren pfandrechtlichen Formen verdrängt oder sich assimilirt.[2] Selbst das Faustpfand unterschied sich daher schließlich von der Hypothek in Rom nur noch durch die sofortige Besitzübertragung, unterlag aber sonst der Theorie der Hypothek.[3]

So bequem nun aber die Hypothek war, so entbehrte sie doch der Sicherheit, daß sie nicht durch ältere Pfandrechte an derselben Sache entwerthet sei, wie der Rechtsbeständigkeit im Falle des Nichteigenthums ihres Autors. Daher drängte sie zur Generalhypothek, damit der Umfang des Rechts Garantien gebe, welche man in der Verpfändung einzelner Objekte nicht fand. Damit aber wurde im Ganzen die Unsicherheit des dinglichen Rechtszustandes noch gesteigert, so daß schließlich das Pfandrecht in Rom, nichts anderes als eine Verstärkung des Personalkredits gewährte. Dem gegenüber

---

1) Für das gemeine Recht siehe Dernburg das Pfandrecht nach römischem Recht 2. Bd. 1860 und 1864, vgl. auch von Meibom das deutsche Pfandrecht 1857; über preußisches Pfandrecht Schmidt Grundsätze des gemeinen und preußischen Pfandrechts 1840. Behufs des Hypothekenrechts ist auch für das preußische Recht von Interesse die Sammlung deutscher Hypothekenrechte von v. Meibom und zwar außer dem bis jetzt nur die Grundlagen des pr. Hyp. R. darstellenden Werk von Dernburg und Hinrichs, namentlich v. Meibom Mecklenburgisches, Regelsberger bayerisches, Exner österreichisches Hypothekenrecht. — Die Hauptquelle des preußischen Rechts ist L. R. I, 20 §§. 1—535, daneben bestand früher die Hypothekenordnung vom 20. December 1783 für das formelle Recht der Hypothek, während jetzt das Gesetz über den E. E. und die Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 das Hypothekenrecht vorzugsweise bestimmen.

2) Vgl. Dernburg a. a. O. I S. 7 ff.

3) l. 5 §. 1 D. de pignoribus 20, 1. Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.

Digitized by Google

hat das moderne Recht die Formlosigkeit der Pfandrechtsbestellung fallen lassen und forderte zur Verpfändung einen Formalakt, welcher ihr Oeffentlichkeit und damit eine gesicherte Grundlage giebt.

Dieser Formalakt mußte aber für Grundstücke ein anderer werden als für Mobilien. Dort verlangte man die Eintragung in die öffentlichen Bücher, hier wurde die Besitzübertragung nothwendige Form. In Folge dessen spaltete sich das moderne Pfandrecht in zwei Hauptgruppen, in die Hypothek und deren Nebenform die Grundschuld einerseits und in das Faustpfandrecht andererseits. Der Formalcharakter der Pfandrechtsbestellung führte dann weiter von selbst zur Nothwendigkeit der Specialität des Pfandrechts. Denn die zu seiner Begründung erforderlichen Formen sind nur anwendbar auf einzelne Objekte, nicht aber geeignet, die Gesammtheit des jetzigen und künftigen Vermögens des Schuldners zu verpfänden.

Aber auch sonst erlitt die Theorie des römischen Pfandrechts in Folge der Aufprägung des Formalcharakters tiefgreifende Umbildungen. Dies gilt namentlich von der Hypothek, bei welcher die Form einen wesentlich bestimmenden Einfluß erhielt.

Erstes Kapitel.

Hypotheken- und Grundschuldrecht.

I. Charakter der Hypothek und der Grundschuld.

§. 313. Begriff. Dingliches oder persönliches Recht?

Die moderne Hypothek und die Grundschuld sind folgendermaßen begrifflich zu bestimmen. Sie sind Rechte, durch welche Grundstücke oder gleichgestellte Gerechtigkeiten für eine Geldsumme, die entweder durch eine abstrakte Ziffer oder durch Beziehung auf ein Schuldverhältniß bestimmt ist, der Art verhaftet werden, daß der Pfandgläubiger jedes Eigenthumswechsels unerachtet aus dem Ertrage des Pfandes vorzügliche Befriedigung in Anspruch nehmen kann. Ist dies Recht dinglich oder persönlich, accessorisch oder selbständig, betrifft es die Sache selbst oder giebt es nur Anspruch auf eine Werthsquote? Alle diese Fragen sind bestritten.

Neuerdings charakterisiren Viele die moderne Hypothek als eine Realobligation.[1] [2] Damit ist gemeint, daß der jeweilige Grundstückseigenthümer

1) Schmidt Preuß. Pfandrecht S. 4. 75, Meibom Mecklenburg. Hypothekenrecht §. 5, Regelsberger bayer. Hypothekenrecht §. 10. Vgl. Meibom deutsches Pf. R. §. 8.

2) Bekanntlich haben nicht wenige gemeinrechtliche Schriftsteller das Pfandrecht der Römer als wahre Obligation charakterisirt, wobei bald die Sache, bald der jedes-

Digitized by Google

persönlicher Schuldner der eingetragenen Summe werde, jedoch für diese Schuld nur mit der Pfandsache aufkommen müsse. Wir geben zu, daß das neuere Recht dergleichen persönliche Verbindlichkeiten begrenzter Art kennt, die mit einem Vermögensobjekt auf dessen jeweiligen Besitzer übergehen; ein Beispiel geben die Lehnschulden. Das Pfandrecht aber ist ein weitergehendes Recht dinglichen Charakters. Es belastet die Sache, nicht bloß die Person des Besitzers. Es giebt vor Allem keineswegs bloß Rechte gegen den Eigenthümer, sondern auch gegen konkurrirende dinglich Berechtigte anderer Art. Wenn dies regelmäßig erst im Subhastationsverfahren zur Erscheinung kommt, so hat dies seinen Grund darin, daß man kein Bedürfniß zur Geltendmachung des Rechts nach dieser Seite hin vor der Subhastation anerkennt; die principielle Bedeutung dieser Berechtigung wird hierdurch nicht geändert. Besonders belehrend ist, daß der Pfandgläubiger fordern kann, daß das Pfandgrundstück in der Subhastation frei von dinglichen Nutzungsrechten, z. B. Servituten, ferner von Reallasten ausgeboten werde, welche jüngeren Datums sind, falls sie seiner Befriedigung Eintrag thun.[3] Würde seine Priorität bestritten, so müßte der Pfandgläubiger sein Vorzugsrecht mit einer Klage geltend machen, die ihrer Natur nach dinglich ist, wogegen nicht in Betracht kommen kann, daß sie nur incidenter im Subhastationsverfahren zur Sprache kommt. Der angegriffene dinglich Berechtigte kann sein Recht durch Abfindung des Gläubigers salviren. Dies steht begreiflich mit der dinglichen Natur des Pfandrechts nicht im Widerspruch. Aus derselben Quelle, wie das Recht des Gläubigers, daß die Sache frei von später aufgelegten Lasten verkauft werde, stammt dessen Anfechtungsrecht gegen Realgläubiger, welche ihm ohne Grund bei der Vertheilung der Kaufgelder vorgezogen werden sollen.[4] Auch hierin manifestirt sich die Dinglichkeit der Hypothek und der Grundschuld.

Allerdings ist zuzugestehen, daß die gewöhnliche Formel der Klagbitte und der Verurtheilung in der Pfandklage auf eine Verbindlichkeit des verklagten Besitzers zu deuten scheint. Sie lautet regelmäßig, auch wenn die Klage gegen einen Eigenthümer des Pfandobjekts angestellt wird,

---

malige Besitzer derselben als Schuldner gilt. So Büchel Erörterungen I, Bangerow I, §. 363 Anm. 2. Brinz Pand. I, §. 82. Vgl. hiergegen Dernburg a. a. O. I S. 104 ff., Windscheid I §. 224, Exner Pfandrechtsbegriff S. 47 ff. Allerdings gebrauchen die Römer für die Verpfändung Ausdrücke — rem obligare, rei obligatio —, welche an die Forderungsrechte erinnern, aber in den Rechtssätzen, die das Institut beherrschen, insbesondre den Klagrechten des Pfandgläubigers ist der dingliche Charakter mit unwandelbarer Konsequenz festgehalten, und dies allein kann entscheiden.

3) Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 §. 47.

4) Subhastationsordnung vom 15. März 1869 §. 70.

Digitized by Google

welcher nicht persönlich schuldet, auf Zahlung der eingeklagten Summe bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück.[5] Allein diese Form ist eine ungenaue; die Verurtheilung müßte sich korrekterweise darauf beschränken, das Recht des Gläubigers anzuerkennen, die eingeklagte Summe, falls sie nicht abgezahlt wird, durch Zwangsvollstreckung aus dem Grundstück beizutreiben. Denn die praktische Folge des Erkenntnisses ist eben nur die Vollstreckbarkeit in das Pfandobjekt; die Zahlung der Klagsumme bildet ein Recht, nicht eine Verpflichtung des dritten Pfandbesitzers. Daß derselbe in der That nicht Schuldner ist, ergiebt sich unter Anderm daraus, daß er nicht in Verzug geräth, wenn er die Zahlung der Klagsumme unterläßt.[6] Dem steht auch nicht entgegen, daß die Eintragung auf das Grundstück sich ausdrücklich auf Verzugszinsen erstrecken kann. Denn nicht der Verzug, sondern die Bewilligung ist hier der letzte Grund, aus welchem die Pfandsache im Falle nicht rechtzeitiger Leistung des Kapitals für Zinsen verhaftet wird.[7]

Mit alledem soll die wesentliche Verwandtschaft der Hypothek und der Grundschuld mit den persönlichen Forderungen nicht geleugnet werden.[8] Vergleichen wir das Pfandrecht mit dem Eigenthumsrechte und dem dinglichen Nutzungsrechte, so geben diese Rechte die Befugniß zum unmittelbaren Gebrauch oder Verbrauch der Sache. Dagegen sind die aus dem Pfandrechte entspringenden Befugnisse nicht auf einen unmittelbaren Genuß gerichtet, sondern zielen auf die Zukunft und bezwecken die dereinstige Einzahlung einer Summe. Dort erschöpft sich das Recht in einem Haben, hier im Bekommen. Daher läuft das Pfandrecht wie die Forderung auf ein Kreditgeschäft hinaus und es kann für die Pfandrechtsverbindlichkeit der Ausdruck Schuld gebraucht werden, falls darunter nur die Begründung eines Kreditverhältnisses verstanden werden soll.

Summiren wir Verschiedenheiten und Verwandtschaftspunkte der Hypothek und der persönlichen Obligation, so ergiebt sich Folgendes. Die Obligation verpflichtet eine Person, die Hypothek und die Grundschuld verhaftet eine Sache, die erstere ist durch eine persönliche, die letztere durch eine dingliche Klage geschützt. Der nächste Inhalt der Obligation ist die Pflicht des Schuldners zur Zahlung seiner Schuld, die letztlich durch Zwangsvollstreckung beigetrieben werden kann, der Inhalt des hypothekarischen und Grundschuld-

---

5) Vgl. Koch Preuß. Proceßpraxis Bd. 1 S. 305.

6) Koch zu L. R. I, 20 §. 483.

7) Auch das Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 bezeichnet in §§. 37. 39 die Klagen aus Hypotheken- und Grundschuld als dingliche.

8) Vgl. Brinz Pand. (1. Aufl.) I S. 317 ff.

Digitized by Google

rechts ist primär das Recht der Beitreibung der pfandrechtlich versicherten Summe aus der Pfandsache. Bei beiden Rechten handelt es sich aber um einen Ausstand des Gläubigers, um ein Kreditum. Nur beseitigt doch wieder eine Abzahlung die Obligation endgültig, die Hypothek überdauert der Regel nach die Erfüllung und geht erst mit der Löschung im Buche unter.

§. 314. Objekt des Pfandrechts. Sache oder Werth?

Die Frage nach dem Gegenstande des Pfandrechts beantwortet der Verkehr anders als der Jurist. Der Verkehr faßt vorzugsweise die dereinstige Realisirung des Pfandrechts im Falle der Subhastation ins Auge: dieselbe geschieht schließlich durch Zuweisung eines bestimmten Theils der Kaufgelder oder einer Rate der Kaufgelderforderung. Hierin besteht, was dem Gläubiger sein Pfand im äußersten Falle zu leisten vermag. Das Kaufgeld aber ist der realisirte Werth der Pfandsache. Deswegen erachtet man im Verkehr den Werth als das Objekt des Pfandes. Sind 100 eingetragen und der Besitzer schätzt sein Grundstück auf 1000, so findet er, sein Grundstück sei nur auf ein Zehntheil verschuldet, und ebenso rechnet der zweite nachher eintretende Hypothekar.

Der Jurist hingegen, welcher das Pfandrecht als eine juristische Existenz behandelt, muß daran festhalten, daß die Sache selbst Objekt dieses Rechtes ist.[1] Denn das Pfandrecht ist ein gegenwärtiges, nicht bloß ein künftiges in der Kaufgelderbelegung an den Kaufgeldern entstehendes Recht. Der Pfandgläubiger hat bereits vorher die dingliche Klage, deren Objekt nicht der zunächst nur gedachte Werth, sondern nur die Pfandsache sein kann. Er darf Sequestration, wie Subhastation der Pfandsache fordern, woraus sich gleichfalls ergiebt, daß sein Recht das Grundstück selber erfaßt.[2]

§. 315. Accessorischer Charakter der Hypothek.

Hat die moderne Hypothek noch, wie die römische, einen accessorischen Charakter oder ist sie ein selbständiges Recht geworden? Vor der Beantwortung dieser Frage haben wir uns darüber zu verständigen, was unter diesen Begriffen zu verstehen sei.

Was der accessorische Charakter sei, ist dem römischen Recht zu entnehmen, welches denselben seinem Pfandrecht konsequent aufgeprägt hat.

---

1) Anders von der Hagen Die Hypothek des Eigenthümers, Arnsberg 1836, und in Ulrichs Archiv Bd. 5 S. 359, ferner Bremer Hypothek und Grundschuld S. 55 ff., Sohm die Lehre vom subpignus 1864, Pfaff Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung 1868.

2) Vgl. Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs nach römischem Rechte S. 25 ff., Schmidt Preuß. Pfandrecht S. 84 ff.

Digitized by Google

Es ist die Abhängigkeit des Pfandrechts von einer daneben stehenden Forderung der Art, daß es dieselbe zu seinem Entstehen und seinem Fortbestande voraussetzt. Der accessorische Charakter bedeutet also, daß das Pfandrecht keinen selbständigen Zweck hat, sondern nur der Versicherung der Forderung dient, so daß seine Bestellung nie eine Schenkung bildet, weil sie den Gläubiger nicht bereichert und sein Erlaß ebensowenig eine Schenkung bewirkt, weil er den Gläubiger nicht ärmer macht. Insbesondere folgt aus dem accessorischen Charakter des Pfandrechts, daß es nothwendig untergeht, sowie die zu Grunde liegende Forderung erlischt.[1]

Schwieriger ist zu sagen, was unter der Selbständigkeit des Pfandrechts zu verstehen ist, ein Begriff, welcher die Autorität der Geschichte nicht für sich hat und dem Manche die logische Berechtigung absprechen. Ein selbständiges Pfandrecht liegt vor, wenn dasselbe nicht einer danebenstehenden Forderung sichernd hinzutritt, sondern unabhängig von einer solchen die Befugniß in sich schließt, eine Summe aus dem Erlöse eines Grundstücks im Falle einer Zwangsvollstreckung zu erheben. Ein solches Recht hat eine gewisse Verwandtschaft mit dem Institut des Rentenkaufs, welches vor der Reception des römischen Rechts die hauptsächlichste Weise für die Anlegung von Kapitalien bildete. Bei diesem Geschäft wurde dem Kapitalisten gegen Uebereignung einer Summe der Anspruch auf eine Rente an dem Grundstücke des Rentenverkäufers gewährt, so daß die Verhaftung des Grundstücks eine primäre, aus dem Wesen des Geschäfts hervorgehende, nicht eine accessorische, mehr zufällig an eine daneben stehende Forderung angeknüpfte war.[2]

Die landrechtliche Hypothek nun schwankte zwischen beiden Systemen. Grundsätzlich definirte das Landrecht die Hypothek in seiner allgemeinen Begriffsbestimmung als ein accessorisches Recht.[3] Es forderte daher für

---

1) Auf diese Grundsätze haben die Römer ihr Recht fest gegründet. Auch wo wirthschaftliche Gründe zu einer Abweichung verlockten, haben sie das Princip nicht verlassen, — klüglicherweise, wie gerade das Beispiel des preußischen Hypothekenrechts zeigt. Daß insbesondere in den Fällen der s. g. hypothekarischen Succession der Römer keine Lostrennung eines Pfandrechts von einer untergehenden Forderung und keine Verbindung desselben mit einer späteren Forderung lag, sondern Entstehung eines neuen Pfandrechts mit dem Range des untergegangenen anzunehmen ist, darüber vgl. Dernburg Pfandrecht II §§. 161—166. Aeußerstenfalls erklärten die Römer, falls eine Erhaltung des Pfandrechts trotz des Untergangs der Forderung billig schien, „propter pignus remanet naturalis obligatio“ l. 59 D. ad S. C. Treb. 36, 1, womit anerkannt wird, daß sich die Römer ein Pfandrecht ohne eine dasselbe stützende Forderung nicht denken können. Neuere freilich nehmen es leichter mit der accessorischen Natur des römischen Pfandrechts, z. B. Brinz Pand. (1. Aufl.) I S. 291 ff.

2) Vgl. u. A. Beseler P. R. §. 95, Gerber P. R. §. 188, Stobbe Zeitschrift für das deutsche R. Bd. 19 S. 198 ff. Meibom deutsches Pf. R. S. 14. 273 ff.

3) L. R. I, 20 §. 415, I, 20 §. 1.

Digitized by Google

dessen Entstehung eine gültige Forderung, durch welche die Hypothek versichert werden soll. Auch äußerlich bildete das Hypothekeninstrument nur einen Annex der eingetragenen Forderung. Aber der accessorische Charakter ist nicht festgehalten. Wirthschaftliche Bedürfnisse führten dazu, denselben für die einmal entstandene Hypothek aufzugeben. Der Formalismus der Hypothek unterstützte die Emancipation, denn es schien gerechtfertigt, das formalisirte und kundbare Pfandrecht unabhängig zu machen von den Schicksalen des zu Grunde liegenden Forderungsrechts. Insbesondere bestimmte hiernach bereits das Landrecht, daß dem redlichen Dritten, welcher eine im Grundbuche nicht gelöschte Forderung erworben hat, Einwendungen, welche ihm beim Erwerb nicht bekannt waren, nicht entgegengesetzt werden könnten.[4] Damit war der accessorische Charakter der Hypothek untergraben. Mochte der erste Nehmer der Hypothek eine Forderung gehabt haben oder nicht, mochte sie durch Zahlung, Kompensation getilgt sein, der redliche Cessionar erwarb eine Hypothek; eine persönliche Forderung erhielt er dagegen nur, wenn eine solche dem Cedenten bei der Cession zustand. Noch weiter ging der Rechtssatz, welchen die nachlandrechtliche Gesetzgebung ausbildete, wonach der Eigenthümer der Pfandsache die Hypothek dann zur freien Verfügung erhält, wenn die eingetragene Forderung durch Konfusion oder in Folge einer Tilgung aus den Mitteln des Eigenthümers getilgt ist.[5] Es gilt dies namentlich auch in dem Falle, wenn der persönliche Schuldner der Eigenthümer der Pfandsache geblieben ist. Rationellerweise kann aber dann von einem Fortbestande der Forderung keine Rede mehr sein.

Die landrechtliche Hypothek ist also in dem Sinne accessorisch, daß sie zu ihrer Entstehung eine persönliche Forderung voraussetzt[6] und daß sie, so lange diese Forderung besteht, nicht von ihr trennbar ist; sie hat aber die Fähigkeit, unter bestimmten Bedingungen nach Erlöschen der persönlichen Forderung als eine selbständige Belastung fortzubestehen, also den ursprünglichen Accessionscharakter abzustreifen.

Hiernach ist es selbstverständlich, daß das preußische Recht die äußerste Spitze des Accessionscharakters im römischen Rechte, das beneficium excussionis personalis, welches Justinian geschaffen hatte, aufgab,[7] so daß bei uns der dritte Besitzer der Pfandsache den klagenden Gläubiger nicht mehr auf die vorgängige Exekution gegen den persönlichen Schuldner verweisen

4) L. R. I, 20 §. 423 ff. Vgl. Anh. §. 53 zu I, 20 §. 511.

5) Anhang §. 52 zu L. R. I, 16 §. 484, Deklaration des §. 52 des Anhangs vom 3. April 1824.

6) Exner österreichisches Hypothekenrecht S. 39, siehe auch unten §. 331 unter 3.

7) Nov. 4 cap. 2, aber auch nov. 112 cap. 1. Dernburg Pfandrecht II §§. 143. 144.

Digitized by Google

kann.[8] Umgekehrt kann vielmehr der persönliche Schuldner, welcher noch im Besitz der Pfandsache ist, vom Gläubiger, welcher die Exekution in dessen übriges Vermögen betreibt, verlangen, daß derselbe zuerst Befriedigung aus der Pfandsache suche, es sei denn, daß der Gläubiger sein Pfandrecht aufgiebt. Es spricht sich hierin die Anschauung aus, daß die reale Verhaftung die Hauptsache, die persönliche Verbindlichkeit mehr subsidiär sei.[9]

§. 316. Die Grundschuld und die Hypothek.[1]

Die Absicht der Regierungsentwürfe, welche das jetzige Grundbuchrecht vorbereiteten, ging dahin, nur die hypothekarische Eintragung einer Summenschuld ohne Anführung eines Schuldgrundes zu gestatten, mit einziger Ausnahme der sogenannten Kautionshypotheken. Es waltete hierbei die Tendenz, alle Beziehungen der Hypothek auf das materiell ihr zu Grunde liegende Rechtsgeschäft abzuschneiden und damit auch die sich hieraus ergebenden Anfechtungsgründe möglichst zu beseitigen.

Dagegen entschied man sich bei der Berathung im Landtage[2] dafür, zwei Formen der Kapitalbelastung der Grundstücke zu schaffen, woraus sich denn die jetzigen Gesetzesbestimmungen ergaben. Wie im Obligationenrechte der gewöhnliche Schuldschein mit dem daraus verbrieften Schuldgrunde neben dem Wechsel stehe, so sollte neben derjenigen Pfandbelastung, welche eine abstrakte Summenschuld darstellt und für den Verkehr von Hand zu Hand berechnet ist, eine andere möglich bleiben, die von ihrem Schuldgrunde abhängig ist.[3] Man nannte die erste Art der Verpfändung Grundschuld,

---

8) L. R. I, 20 §§. 48. 49. Der Bürge, welcher für seine Bürgschaftsschuld Hypothek gestellt hat, kann in seiner Eigenschaft als Bürge den Gläubiger, welcher diese Hypothek angreifen will, zunächst auf den Hauptschuldner und die von diesem gestellten Pfänder verweisen. Das Recht dieser Einrede geht auch auf denjenigen über, welcher die verhypothecirte Sache vom Bürgen erwirbt, L. R. I, 14 §. 283. I, 20 §. 52. Diese Grundsätze finden keine Anwendung auf die von einem Bürgen gestellte Grundschuld.

9) L. R. I, 20 §§. 46. 47. In dem römischen beneficium excussionis realis kann nicht, wie dies Koch zum L. R. a. a. O. thut, die Wurzel dieses Rechts gefunden werden.

1) Breitner Unterschiede der Grundschuld und der Hypothek bei Gruchot Bd. 17 S. 161 ff., Jaeckel Selbständigkeit der Grundschuld ebendaselbst Bd. 18 S. 551, Voß zur Theorie der Grundschuld in Behrend's Zeitschrift Bd. 8 S. 477, Schulzenstein drei Fragen 1876 S. 18, Kühnast Grundschuld, Rummelsburg in Pommern 1877.

2) Es geschah dies zunächst in der Kommission des Herrenhauses. Die von ihr vorgeschlagne Umarbeitung des Entwurfs, vom Herrenhause angenommen, fand mit wesentlichen Modifikationen die Zustimmung des Abgeordnetenhauses und der Regierung.

3) In der Litteratur hatte die Trennung in zwei Institute vorzugsweise vertreten: Bremer Hypothek- und Grundschuld 1869, Bähr Die preußischen Entwürfe in Ihering's Ztschrft. Bd. 11 S. 99. 103. Gegen die Aufnahme zweier verschiedener Formen erklärte sich u. A. v. Meibom im Jahrbuch von Bekker Bd. 4 S. 510.

Digitized by Google

welche also nichts Anderes ist, als die Hypothek der ursprünglichen Entwürfe,[4] die zweite bezeichnete man als Hypothek in herkömmlicher Weise.

Als man sich in solcher Weise bei der Berathung des Landtags entschloß, zwei Formen der Pfandbelastung der Grundstücke zu schaffen, war zunächst die Absicht, die Hypothek des allgemeinen Landrechts gleichsam in ihre Bestandtheile aufzulösen. Die Grundschuld sollte eine formell selbständige Belastung bilden nach Art einer Reallast, die Hypothek aber den streng accessorischen Charakter wieder annehmen, welchen sie im römischen Rechte hatte. In dem Entwurfe des Herrenhauses fand dies darin seinen Ausdruck, daß man auch gegenüber dem dritten redlichen Erwerber der accessorischen Hypothek die Einreden aus dem zu Grunde liegenden Verhältniß schlechthin zuließ.

Das Abgeordnetenhaus behielt bei seinen letztlich bestimmenden Beschlüssen die Unterscheidung zwischen Hypothek und Grundschuld bei. Aber es ging gleichwohl auf die wesentliche Intention des Herrenhauses nicht ein, indem es den dritten Erwerber der Hypothek, wie der Grundschuld gegen Einreden sicherstellte, die ihm beim Erwerb unbekannt geblieben waren.[5]

Damit ist der beabsichtigte Gegensatz zwischen Hypothek und Grundschuld im Wesentlichen verwischt.[6] Denn gegenüber dem ersten Nehmer der Grundschuld sind Einreden aus dem zu Grunde liegenden Verhältniß nicht abgeschnitten und nicht abzuschneiden. Der dritte Erwerber einer Hypothek erlangt aber jetzt wie der Erwerber einer Grundschuld ein Recht, welches von dem zu Grunde liegenden Verhältniß nicht abhängig bleibt. Principiell unterscheiden sich beide Formen der Art, daß die Grundschuld eine abstrakte und selbständige Summenbelastung ist, die Hypothek bei der Begründung eine accessorische Berechtigung bildet, welche aber in eine konkurrirende neben der persönlichen Forderung stehende Befugniß am Grundstück auslaufen kann. Praktisch giebt sich die Hypothek auf dem Umwege der Cession zu allen Manipulationen her, denen die Grundschuld direkt dient.

Nur die Grundschuld kann auf den Namen des Eigenthümers eingetragen werden, nicht die Hypothek.[7] Aber eine Hypothek kann vom Eigenthümer an seiner Sache dadurch erworben werden, daß er sie auf fremden Namen eintragen und sich abtreten läßt.

---

4) Hieraus rechtfertigt sich, daß wir die Grundschuld unter dem allgemeinen Ausdruck Pfandrecht mitbegreifen, wobei freilich nicht an den römischen Begriff zu denken ist.

5) Gesetz über den E. E. §. 38.

6) Vgl. Brettner a. a. O.

7) Gesetz über den E. E. §§. 27. 28.

Digitized by Google

Nur die Grundschuld ist ein selbständiges Werthobjekt, welches wie eine Sache veräußert werden kann, sei es gegen Entgelt, sei es selbst ohne solches, so daß sie z. B. den Gegenstand einer Schenkung bildet, wie sie auch einem Kommissionär zum Zweck der Verwerthung bestellt werden kann. Aber die Hypothek, welcher in der Hand des dritten redlichen Erwerbers Einreden aus dem ursprünglichen Verhältniß, die diesem unbekannt waren, nicht entgegengestellt werden können, wird zu solchen Operationen gleichfalls im Wege der Cession benutzt.

Ein praktischer Unterschied liegt hauptsächlich darin, daß die Grundschuld in blanco cedirbar ist, nicht aber die Hypothek.[8] Bei so viel sonstigen Aehnlichkeiten zwischen Hypothek und Grundschuld versteht der Verkehr kaum, wie man diesen Unterschied machen konnte.

Die Grundschuld kann übrigens trotz ihrer formalen Selbständigkeit materiell der Versicherung einer persönlichen Forderung dienen, welche sich daneben erhält.[9] Aber eine solche Kombination führt für den Schuldner die nahe liegende Gefahr mit sich, doppelt zahlen zu müssen. Der Grundeigenthümer wird sich ihr nur äußerstenfalls unterwerfen. Auch der Jurist wird daher im Zweifel eher anzunehmen haben, daß die Konstituirung der Grundschuld für einen persönlichen Gläubiger zum Zweck der Hingabe an Zahlungsstatt, als daß sie zu dem einer Versicherung geschehen sei.[10]

Was eine Hypothek und was eine Grundschuld ist, wird beim Mangel bestimmter Formen unter Umständen zweifelhaft sein. Daß das Wort Grundschuld bei der Eintragung gebraucht sei, ist nicht unumgänglich und kann auch nicht allein entscheiden. Das gesetzliche Kriterium bleibt, ob die Abhängigkeit von einer persönlichen Schuld in der Eintragung Ausdruck fand oder ob eine nackte Summenschuld eingetragen wird.[11] Der Grundbuch-

---

8) Gesetz über den E. E. §. 55.

9) Gesetz über den E. E. §. 52 Abs. 2.

10) Eine eigenthümliche Kombination kam neuerdings vor. Eine Aktiengesellschaft nahm eine Prioritätsanleihe auf, belastete ihr Grundvermögen mit einer Grundschuld und händigte den Grundschuldbrief einem Banquier aus, welcher nach dem Prospektus befugt sein soll, denselben zum Vortheil jener Gläubiger zu realisiren, wenn deren Befriedigung unterbleibt. Der Banquier ist hier der Grundschuldgläubiger, geräth er in Konkurs, so bildet der Grundschuldbrief einen Bestandtheil seiner Masse. Die Prioritätsgläubiger haben nur eine a. negotiorum gestorum gegen ihn, wenn er die Grundschuld realisirt.

11) Gesetz über den E. E. §. 19. Die Abhängigkeit vom Schuldgrunde kann entweder durch dessen Erwähnung in der Eintragung oder durch eine Bezugnahme auf die Schuldurkunde hervorgehoben werden. Das Formular der G. B. O. I Abth. 3 hat beide Formen, nämlich sub 4 „10000 Thlr. Darlehn, eingetragen auf Grund der Schuldurkunde," ferner sub 7 „8000 Thlr. in eine Hypothek für eine Kaufgeldforderung umgeschrieben," endlich sub 8 „6000 Thlr., eingetragen auf Grund einer Schuldurkunde."

Digitized by Google

richter, welcher eine „Grundschuld" für eine „Darlehnsforderung" von 100 Thlr. eintragen würde, konstituirte also hierdurch Hypothek und keine Grundschuld.

Die Hypothek kann, wie nach römischem Rechte, Nebenbestimmungen aufnehmen, demnach an Bedingungen jeder Art geknüpft, auch bis zu einem Endtermin bewilligt werden. Läßt auch die Grundschuld Bedingungen zu? Der Wortlaut des Gesetzes widersetzt sich dem nicht. Man wird jedoch im Falle der Zufügung von Bedingungen, welche eine Abhängigkeit vom Schuldgrund herbeiführen, das Verhältniß als Hypothek behandeln müssen.

II. Begründung der Hypotheken und Grundschulden.

§. 317. Allgemeines. Vorvertrag.

Hypotheken und Grundschulden entstehen durch die Eintragung im Buch,[1] nicht wie nach römischem Recht durch bloßen Vertrag. Die nothwendigen Unterlagen des Formalakts der Eintragung sind gleichfalls formal bestimmt. Sie liegen entweder in der Bewilligung des eingetragenen Eigenthümers, oder in dem Antrag des Gläubigers auf Grund eines rechtskräftigen Erkenntnisses, durch welches der eingetragene Eigenthümer zur Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld verurtheilt worden ist, oder in dem Nachsuchen einer zuständigen Behörde.[2] Diese Unterlagen beruhen überwiegend auf materiellen Rechtsgründen, welche wir noch immer als Titel zur Hypothek oder zur Grundschuld bezeichnen können.

In Betracht kommt vor Allem die Vereinbarung über Bestellung einer Hypothek. Dieselbe kann unmittelbar die buchmäßige Bewilligung der Eintragung enthalten, sei es ausdrücklich, sei es implicite.[3] Ist dies nicht der Fall, so entbehrt sie um deswillen nicht der Rechtskraft, sie hat vielmehr den Charakter eines Vorvertrags.

---

1) Gesetz über den E. E. §. 18. L. R. I, 20 §. 411.

2) Gesetz über den E. E. §. 19.

3) Nach L. R. I, 20 §. 403 und Hyp. O. II §. 146 bedurfte es zur Eintragung außer dem Verpfändungsvertrag noch der besondern Einwilligung des Schuldners — einer s. g. Intabulationsklausel; wogegen die Hypothekennovelle §. 8, im Fall die Verpfändung ein bestimmtes Grundstück betraf, eine besondere Intabulationsklausel nicht mehr forderte. Wir nehmen an, daß dies nicht geändert ist, denn wenn auch die „Bewilligung" des Eigenthümers nothwendig ist — E. G. §. 19 u. a. O. — so ist eine besondre Weise der Erklärung der Bewilligung nicht vorgeschrieben. Wo daher der Grundbuchrichter aus der bezüglichen Urkunde die unzweideutige, wenn auch nicht besonders formulirte Absicht der Bewilligung der Eintragung entnehmen muß, wird er einzutragen haben und die Betheiligten nicht aufhalten und in Weitläufigkeiten verwickeln; vgl. oben S. 445 Anm. 12, anderer Ansicht Turnau G. B. O. Bd. 2 S. 275.

Digitized by Google

Derselbe bedarf der Schriftlichkeit, da er sich auf Grundstücke bezieht. Eine specielle Bezeichnung der zu verpfändenden Objekte ist zu seiner Geltung nicht erfordert. Es genügt daher die allgemeine Zusage einer Realkaution;[4] der Verpflichtete hat dann die Wahl des zu verpfändenden Grundstücks, sofern es zur Kaution ausreicht. Ferner ist zulässig, ein gesammtes Vermögen zur Hypothek zu bestimmen;[5] dann steht dem Gläubiger frei, die Bewilligung des Verpfänders zur Eintragung des Pfandrechts auf einzelne oder auch auf sämmtliche Grundstücke desselben zu fordern. Die Höhe der einzuschreibenden Forderung muß sich nicht unmittelbar aus dem Vertrage über die Pfandbestellung ergeben; es reicht hin, daß sie sonst ermittelbar ist.

Wird aus dem Vorvertrage auf Bewilligung einer Grundschuld oder Hypothek[6] an einem bestimmten Grundstücke geklagt und erfolgt eine rechtskräftige Verurtheilung zu derselben, so kann der Gläubiger unmittelbar auf Grund derselben die Eintragung beim Grundbuchamte fordern, wenn der Verurtheilte eingetragener Eigenthümer ist.[7] War nur die Verpflichtung zu einer Grundstücksverpfändung im Allgemeinen in Frage und ist nur sie rechtskräftig festgestellt, so muß, wenn der Verurtheilte seiner Verpflichtung nicht nachgekommen ist, die Bestimmung des zu verpfändenden Objekts vorher in der Exekutionsinstanz erfolgen.[8] Wäre der Verurtheilte zwar Eigenthümer der zu verpfändenden Sache, aber noch nicht eingetragen, so hätte der Sieger zuvörderst dessen Eintragung herbeizuführen, welche nach den

---

4) L. R. I, 14 §§. 188. 189. Auch wer gesetzlich zur Stellung einer Realkaution gehalten ist, ist nur persönlich verpflichtet, die Eintragung seines Gläubigers auf ein Grundstück, dessen Wahl ihm freisteht, zu bewilligen.

5) Die Hyp.-Ordnung von 1783 II, §. 165 hatte bestimmt: ist dem Gläubiger eine Generalhypothek — mit Intabulationsklausel nach §. 146 — bestellt, so steht es in seiner Wahl, ob er die Eintragung auf alle Güter seines Schuldners oder nur auf einige suchen wolle. Vgl. aber L. R. I, 20 §§. 402. 403. Nach der Novelle vom 24. Mai 1853 §. 8 sollten die verpfändeten Grundstücke in den Schuld- und Verpfändungsurkunden besonders bezeichnet werden, und hiernach fordert auch das Gesetz über den E. E., daß in der Eintragungsbewilligung das verpfändete Grundstück bestimmt sei. Die conventio generalis de pignore dando ist in Folge dessen nicht ungültig, aber sie giebt nur einen Anspruch gegen den Schuldner auf Bewilligung der Eintragung bezüglich der einzelnen in dessen Vermögen begriffenen Grundstücke.

6) Kann dann, wenn nur im Allgemeinen die Verpfändung eines Grundstücks versprochen war, die Bestellung einer Hypothek oder einer Grundschuld verlangt werden? Es ist dies zunächst Interpretationsfrage. Man wird aber das Versprechen einer Grundschuld, wenn die Sache zweifelhaft bleibt, nicht anzunehmen haben, da die abstrakte Summenbelastung eine weitergehende Last bildet, die nicht zu vermuthen ist. Auch die Vollmacht der Bestellung einer Hypothek schließt die einer Grundschuld nicht in sich.

7) Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 19 unter 2. Die Verurtheilung muß im Tenor Alles enthalten, was zu einer rechtsgültigen Eintragung nach §§. 23 und 24 des Gesetzes über den E. E. erfordert ist.

8) Es ist in der Exekutionsinstanz nach der Verordnung I vom 4. März 1834 §. 9 zu verfahren; inskünftige nach R. C. P. O. §§. 773. 774.

Digitized by Google

früher entwickelten Grundsätzen im Wege des Zwangsverfahrens durch das Grundbuchamt geschehen kann.[9] Wäre endlich der Verurtheilte nicht Eigenthümer des Grundstücks, dessen Verpfändung er zusagte, sei es, daß er niemals Eigenthümer war oder dasselbe vor der Eintragung des Pfandrechts aufgegeben hat, so hat er sofortige Zahlung der zu sichernden Forderung als das Interesse des Gläubigers zu leisten.

§. 318. 1. Freiwillige Bestellung der Hypothek und der Grundschuld.

Die normale Unterlage der Eintragung einer Hypothek oder Grundschuld ist Bewilligung des eingetragenen Eigenthümers.

Diese Bewilligung bildet einen einseitigen Akt. Die Annahme der Bewilligung durch den als Gläubiger Bezeichneten ist nicht erfordert. Sein Antrag wird zu seiner Eintragung nicht verlangt. Es entsteht z. B. auch dann eine Grundschuld, wenn der Eigenthümer in Erwartung einer zu kreditirenden Summe Jemanden, der dies nicht will und nicht weiß, als Grundschuldgläubiger eintragen ließ. Auch die Konstituirung einer Hypothek ist ohne Willen und Wissen des Hypothekars denkbar, wenn sie gleich weniger leicht vorkommen wird. Formal ist hiermit das Recht geschaffen. Der Eingetragene *gilt* als Hypothekar und Grundschuldgläubiger. Auf Grund der Eintragung kann die dingliche Klage erhoben werden.[1] Die eingetragene Post ist im Falle der Subhastation bei der Kaufgelderbelegung von Amtswegen zu berücksichtigen und es ist ihr eine Quote der Kaufgelder vorzubehalten.[2]

Damit ein materielles Gläubigerrecht entstehe, bedarf es aber mehr als der formalen Konstituirung der Post. Es müssen materielle Momente hinzutreten, nämlich Einverständniß der Betheiligten oder redlicher Glaube des Eingetragenen oder seines Nachfolgers. Insbesondere wird dies dadurch gewahrt, daß die Ausübung des Rechts stets, wo ein Brief ausgestellt ist, und dies ist die Regel, an dessen Besitz geknüpft ist und zwar natürlich an redlichen Besitz. Solchen Besitz wird der Eingetragene in der überwiegenden Mehrheit der Fälle nur durch eine auf gegenseitigem Einverständnisse beruhende

9) Bahlmann not. 102b zu §. 19 des Gesetzes über den E. E. ist der Meinung, daß das Erkenntniß gegen den *eingetragenen Eigenthümer* ergangen sein müsse. Es sei daher zuvörderst das Zwangsverfahren nach §§. 55. 56 der G. B. O. einzuleiten. Bestreite der Eigenthümer seine Verpflichtung, sich als solchen eintragen zu lassen, so könne die Klage auf Bestellung der Hypothek oder Grundschuld mit der auf Eintragung des Autors als Eigenthümers kumulirt werden. Wir halten aber mit Achilles zu §. 19 Anm. 6 die Klage auf Bewilligung der Eintragung des Pfandrechts auch gegen den nicht eingetragenen Eigenthümer und dessen Verurtheilung für zulässig. Der Austrag der Sache fällt der Exekutionsinstanz anheim.

1) Gesetz über den E. E. §. 37. Es gilt dies auch für die Klage auf Zinsen.

2) Subhastationsordnung vom 15. März 1869 §. 64.

Digitized by Google

Uebereignung Seitens des Eigenthümers erlangen. Doch ist dies keineswegs schlechthin nothwendig. Man denke, daß dem Eigenthümer der auf den Namen des X. gestellte Grundschuldbrief von einem Dritten gestohlen wird und daß X. redlicher Weise dem Diebe, der denselben überbringt, die Valuta zahlt. Hier wird er auch materiell Grundschuldgläubiger werden.

Kann die Post, welche auf Antrag des Grundeigenthümers eingetragen war, wieder auf Antrag des Grundeigenthümers, welcher im Besitze des Briefes geblieben ist,[3] ohne Bewilligung des Eingetragenen gelöscht werden? Dem widersetzt sich die formale Existenz der Post. Der Eingetragene, welcher die Löschungsbewilligung weigern sollte, ist daher vorher zu derselben auf Grund einer a. negatoria zu verurtheilen.[4]

§. 319. Fortsetzung, Erfordernisse der Bewilligung.

Die Bewilligung muß folgende Erfordernisse an sich tragen:

1. Die Eintragung einer Hypothek verlangt die Bezeichnung des Schuldgrundes, auf welchen sie sich stützt.[1]

Für Hypotheken und Grundschulden ist gefordert[2] Angabe des Namens des bestimmten Gläubigers und specielle Bezeichnung des Pfandgrundstückes,

---

3) Zweifelhafter ist die Frage in dem Falle, daß die Löschung verlangt wird, ehe der über die Post auszustellende Brief vom Grundbuchamte dem Eigenthümer ausgehändigt ist. Hier wird Löschung eintreten können, weil liquid ist, daß ein entgegenstehendes materielles Gläubigerrecht noch nicht existiren kann.

4) Man wird geneigt sein, dies Klagrecht in Abrede zu stellen, weil eine Obligation nicht besteht, welche den Eingetragenen zur Quittirung nöthigt. Indessen liegt in der Nichtbewilligung der Löschung eine Bedrohung des Eigenthums, und so wird man die a. negatoria gewähren können. Praktisch wird die Klage nicht leicht nothwendig werden, weil man sich aus Gefälligkeit wohl helfen wird.

1) Auch die Schuldurkunde muß vorgelegt werden. Gesetz über den E. E. §. 19 Abs. 1. Ist der Richter berechtigt, diese Schuldurkunde nach ihrer Uebereinstimmung mit der Bewilligung und ihrer Rechtsbeständigkeit zu prüfen? Das erstere ist wohl unzweifelhaft, das letztere bestritten. Die meisten Schriftsteller erklären sich für das Recht des Richters zur Prüfung auch nach der letzteren Richtung. So Achilles zu §. 19 des Gesetzes über den E. E. und §. 46 der G. B. O., desgleichen Bahlmann zu diesem Orte, endlich Johow Jahrbuch der Entsch. der Appellationsgerichte II S. 248 ff. Es ist zuzugestehen, daß nach allgemeinen Grundsätzen der Richter seine Zustimmung zu nichtigen und fehlerhaften Rechtsakten zu verweigern hätte. Allein §. 46 der G. B. O. bestimmt ausdrücklich, Mängel des Rechtsgeschäfts, welches der vollzogenen Auflassung, der Eintragungs- oder Löschungsbewilligung zu Grunde liegt, berechtigen nicht, die beantragte Eintragung oder Löschung zu beanstanden. Es ist gewagt, diese gesetzliche Vorschrift, welche nach lebhaftem Meinungsstreit zur Annahme kam, auf den wichtigsten Fall der Bewilligung, den der Hypothek, nicht zu beziehen. So auch Förster Preuß. Grundbuchrecht S. 147 not. 2.

2) Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 §. 23. Die Eintragung soll nicht auf den Inhaber geschehen; es sollte nicht ausgeschlossen werden, daß sie zu Gunsten einer unbekannten Person, z. B. des unbekannten Erben erfolge; für künftige Personen, z. B. Descendenten einer bestimmten Person, sind nach Maßgabe des materiellen Rechts Eintragungen gleichfalls zulässig, Johow Bd. 5 S. 147 ff.

Digitized by Google

ferner Angabe des Betrages der einzuschreibenden Summe, bei Kautionshypotheken Angabe der Maximalsumme, bis zu welcher die Sache haften soll.[3] Die Summe ist in gesetzlicher Währung auszudrücken. War also die zu versichernde Forderung in fremder Münze oder in Werthpapieren zahlbar, so muß bei der Bewilligung der Hypothek entweder eine feste Summe in inländischer Währung vereinbart oder wenigstens nach Art einer Kautionshypothek eine Maximalsumme in dieser Währung festgesetzt werden. Außerdem fordert das Gesetz, daß der Zinssatz oder der Vermerk der Zinslosigkeit, ferner die Bedingungen der Rückzahlung in der Bewilligung angegeben seien. Ist hiernach die Eintragung wirkungslos, wenn sie in Folge unvollständiger Bewilligung nicht alle gesetzlichen Requisite an sich trägt? Nach inneren Kriterien haben wir, obgleich das Gesetz nicht unterscheidet, erhebliche und unerhebliche Erfordernisse zu trennen. Erheblich sind Angaben über die Person des Gläubigers, die Identität des Objekts, ferner über die Summe oder die Währung. Dagegen kann die Ansetzung der Summe in fremder Währung, ferner der Mangel ausdrücklicher Angaben über die Zinslosigkeit, oder über die Rückzahlungsbedingungen der Gültigkeit und Wirksamkeit der Einschreibung nicht schaden, wenn der Grundbuchrichter eingetragen hat, obgleich diese Angaben in der Bewilligung fehlten.[4]

2. Die Bewilligung muß unbedingt und unbetagt sein, das durch sie geschaffene Recht kann aber ein bedingtes oder betagtes sein. Die Bewilligung kann unmittelbar vom Bewilligenden beim Grundbuchamte erklärt werden; es ist aber auch hinreichend, daß sie in einer notariellen oder gerichtlichen Urkunde enthalten ist, welche dem Pfandnehmer oder dessen Vertreter ausgehändigt wurde; daß der Eigenthümer selbst den Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamte stelle, wird vom Gesetze nicht verlangt.[5]

---

3) Gesetz über den E. E. §. 24. Die Bestimmung stammt aus dem Mecklenburgischen Hypothekenrecht, Meibom Mecklenb. Hyp. R. S. 130.

4) Das O. Trib. Bd. 78 S. 167 hat eine nach dem 1. Oktober 1872 ohne Auswerfung eines Maximums eingetragene Kautionshypothek der Art für nichtig erklärt, daß es die auf dieselbe an sich entfallende Summe dem Nachhypothekar zusprach. Wir erachten die Vorschrift für instruktionell, so wird auch in der Mecklenb. ritterschaftlichen Hypothekenordnung vom 12. Oktober 1819 §. 31 die Folge angeknüpft „Eher kann keine Einschreibung geschehen" vgl. oben Anm. 3.

5) Bahlmann fordert zu §. 19 Anm. 99, daß der Eigenthümer des Grundstücks die Pfandbestellung nicht nur bewilligt, sondern auch beantragt habe. Zwar gesteht er zu, daß auch der Gläubiger die Urkunde dem Grundbuchamte überreichen könne, enthalte dieselbe aber nur eine Bewilligung und nicht den Antrag auf Eintragung, so könne das Grundbuchamt diese nicht vornehmen. Damit stimmt überein Förster Grundbuchrecht S. 159. Allein die Gründe für diese Ansicht sind nicht ausreichend. Denn das sogenannte Konsensprincip, auf welches sich Bahlmann beruft, verlangt nur, daß die dingliche Belastung vom Grundeigenthümer bewilligt sei, nicht aber, daß auch der Antrag auf deren Einschreibung von demselben ausgehe. Danach fordert das Gesetz selbst im §. 19 nur die „Bewilligung" des Eigenthümers

Digitized by Google

3. Die Bewilligung muß vom eingetragenen Eigenthümer oder dessen gesetzlichen Vertreter oder einem Specialbevollmächtigten desselben ausgehen.[6] Es erhebt sich jedoch die Frage, ob Konvalescenz zulässig sei:

a) Es ist denkbar, daß ein Nichteigenthümer oder ein nicht eingetragener Eigenthümer eine Pfandrechtsbewilligung ertheilt, welche abgesehen von dem mangelnden Rechte des Bewilligenden zur Eintragung genügend wäre, und daß der Autor dieser Bewilligung nachträglich als Eigenthümer eingetragen wird. Hier tritt richtiger Ansicht nach Konvalescenz des Titels ein, da jener Autor an seine früher abgegebene Erklärung gebunden ist.[7]

---

zur Begründung der Hypothek. In früheren Entwürfen hieß es allerdings: Eintragung habe zu erfolgen, wenn der Eigenthümer dieselbe „beantrage," auch ist es richtig, daß ein in der Kommission des Abgeordnetenhauses gestelltes Amendement zu dem Entwurf von 1870 „beantragt" in „bewilligt" zu verwandeln, keinen Anklang um deswillen fand, „weil das Gesetz überall davon ausgehe, die Eintragungen beruhen zu lassen auf Anträgen des Eigenthümers." Indem man nun aber bei der Feststellung des letzten Entwurfs nichtsdestoweniger an die Stelle von „beantragt" das „bewilligt" setzte, hat man zu erkennen gegeben, daß man die Bewilligung für genügend erachtete. In gleicher Weise bestimmt §. 13 des Gesetzes über den E. E. im Abs. 2: „Auf Antrag des Berechtigten findet die Eintragung — dinglicher Belastungen der zweiten Abtheilung — statt, wenn der eingetragene Eigenthümer ihm gegenüber in einer beglaubigten Urkunde die Eintragung bewilligt hat." So auch Achilles zu §. 19. Dalcke bei Gruchot Bd. 18 S. 156. Turnau G. B. O. Bd. 1 S. 277, siehe auch die dort Citirten.

6) Gesetz über den E. E. §. 19. Der Verpfänder muß handlungsfähig sein, fehlte die Handlungsfähigkeit, so bewirkt auch ein förmliches Anerkenntniß des Bestellers nach gehobner Unfähigkeit keine Rückwirkung bezüglich Dritter nach L. R. I, 20 §§. 18. 19. Vgl. oben §. 81 Anm. 10.

7) Die Konvalescenz wird aus folgenden Gründen geleugnet. Der §. 5 des Gesetzes über den E. E. lautet: Das Recht der Auflassung und Belastung des Grundstücks erlangt der Erwerber erst durch seine Eintragung im Grundbuche. Hierzu hatte das Herrenhaus folgenden Zusatz beschlossen: „insofern früher von ihm vorgenommene Rechtshandlungen nicht nach den bisherigen Bestimmungen mit der erfolgenden Eintragung von selbst in Gültigkeit treten." Drucksachen des Herrenhauses 1871—1872 Nr. 56 S. 2. Der Zweck dieses Zusatzes war, wie die Kommission des H. H. hervorhob, die Bestimmungen von L. R. I, 20 §§. 16. 17. 406. 407 bei der neuen Gesetzgebung zu erhalten. Dagegen hat das Abgeordnetenhaus diesen Zusatz abgelehnt. Daraus folgert man, daß die Konvalescenz einer von dem Eigenthümer vor seiner Eintragung bewilligten Hypothek oder Grundschuld principiell nicht zulässig sei. Dagegen ist zu erwidern, daß die Ablehnung jenes — übrigens wenig geschickt gefaßten — Zusatzes im Abgeordnetenhause, mögen nun die Motive der Verwerfung gewesen sein, welche sie wollen, nur bewirkte, daß über die fragliche Materie im neuen Gesetze *nichts* bestimmt ist. Es treten daher in dieser Hinsicht die allgemeinen Grundsätze ein, und diese führen dahin, daß das Recht konvalescirt, welches ein Nichteigenthümer bewilligte, wenn dieser später Eigenthümer wird, falls der Mangel nur in dem früher fehlenden Eigenthum des Bestellers lag. Dies hat schon das römische Recht anerkannt, obgleich dasselbe im Allgemeinen an der Regel streng festhält: „quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere," vgl. l. 5 C. si aliena res 8, 16. l. 9 §. 3 D. qui pot. 20, 4; dieselben Grundsätze nimmt das allgemeine Landrecht an: I, 20 §§. 16. 17. 406. 407. Man darf behaupten, daß dessen Bestimmungen noch formell gelten, weil sie durch die neuen Gesetze, die hierüber nichts enthalten, nicht besonders aufgehoben sind. Wollte man aber auch davon ausgehen, daß eine besondere Gesetzesbestimmung nunmehr

Digitized by Google

Daher wird z. B. die im Kaufkontrakte dem Verkäufer Seitens des Käufers ertheilte Bewilligung einer Hypothek für die rückständigen Kaufgelder in dem Augenblicke eintragungsfähig, in welchem die Kaufsache dem Käufer aufgelassen und zugeschrieben wird.

b) Es kann ferner eine Hypothek oder Grundschuld auf Grund eines Titels, welcher gegen einen Nichteigenthümer oder gegen einen noch nicht eingetragenen Eigenthümer erworben ist, in Folge eines Fehlers des Grundbuchrichters im Grundbuche eingetragen sein. Das so eingeschriebene Pfandrecht konvalescirt, wenn der unbefugte Pfandbesteller nachträglich im Grundbuche als Eigenthümer eingetragen wird. Es können aber diejenigen, welche bereits vorher gegen den damals eingetragenen Eigenthümer Rechte erworben haben, im Falle der Konkurrenz ein Vorrecht vor dem konvalescirten Pfandrechte in Anspruch nehmen.[8]

Eine viel verbreitete Praxis des gemeinen Rechts faßte das sogenannte pactum reservati dominii, d. h. den bei Veräußerungen bedungenen Vorbehalt des Eigenthums bis zur Zahlung des Kaufpreises als Bewilligung einer Hypothek.[9] In gleicher Weise behandelt unsere Gesetzgebung einen solchen Vertrag als hypothekarische Eintragungsbewilligung für die Kaufgelder. Man streitet, ob in dieser Klausel eine perfekte Eintragungsbewilligung liegt oder nur das Versprechen der Ertheilung einer solchen. Das Gesetz geht offenbar von der ersteren Ansicht aus, wobei freilich vorausgesetzt ist, daß

---

fehlt, so käme man nach der Natur der Sache zu den nämlichen Resultaten. So Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 266 ff. und Achilles bei Koch Komm. zu L. R. I, 20 §. 406. Die entgegengesetzte Ansicht, für welche sich u. A. Turnau G. B. O. Bd. 1 S. 260, Entscheid. des O. Trib. Bd. 76 S. 125, Bd. 79 S. 13 erklären, ist die derzeit in der Praxis herrschende.

8) L. R. I, 20 §. 17. — Mehrere von einem nicht eingetragenen Autor herrührende und gleichwohl eingetragene Belastungen ordnen sich, im Falle sie durch spätere Eintragung ihres Autors rechtsbeständig werden, nach der Reihenfolge, in der sie im Grundbuche verzeichnet sind. L. R. I, 20 §. 407. Es bestimmt aber L. R. I, 20 §. 408: „Ist bei der hiernach erfolgten Eintragung des Besitztitels für den Schuldner zugleich ein dingliches Recht für denjenigen, welcher zur Zeit der Eintragung jener Hypotheken als Eigenthümer der Sache in dem Hypothekenbuche vermerkt war, mit eingetragen worden, so geht ersteres den letzteren vor." Vgl. hierzu Plenarbeschluß vom 4. November 1850 Präj. 2244, wonach sich die Bestimmung au solche Forderungen beschränkt, welche sich auf das Veräußerungsgeschäft beziehen. Auch diese besondere Bestimmung zu Gunsten des Verkäufers, welche auf dem Gesetzespunkte der versio in rem zu Gunsten der eingetragenen Gläubiger beruht, deren Pfandrecht der Verkäufer zu Kräften bringt, ist nicht aufgehoben. Anderer Ansicht Achilles zu §. 34 Anm. 49, Bahlmann zu §. 34, Förster Grundbuchrecht S. 175. Der Verkäufer wird freilich die Priorität seiner Forderung gegenüber den früher eingetragenen Gläubigern erst erstreiten müssen. Denn prima facie normirt sich die Priorität nach dem Grundbuche, bis das bessere Recht des Verkäufers gerichtlich oder notariell anerkannt und eingetragen ist.

9) Vgl. Duncker Ueber das pactum reservati dominii im rhein. Museum Bd. 5 S. 65, insbesondere S. 183 ff., ferner auch L. R. I, 11 §. 266 ff.

Digitized by Google

aus dem Kaufvertrage alle einer gehörigen Eintragung wesentlichen Punkte unmittelbar entnommen werden können.[10]

§. 320. 2. Gesetzlicher Hypothekentitel.

Gewisse besonders privilegirte Ansprüche haben von Rechtswegen ein Vorrecht am Subhastationserlös des Grundstücks.[1] Dasselbe läßt sich als ein ohne Eintragung eintretendes gesetzliches und privilegirtes Pfandrecht auffassen. Von diesen Ausnahmefällen abgesehen schafft bei uns das Gesetz, da dies dem Eintragungsprincip widerstritte, nicht mehr, wie nach römischem Rechte, unmittelbar Hypotheken, gewährt vielmehr nur Pfandrechtstitel. Bezüglich desselben sind zwei Auffassungen möglich:

a) Man kann in dem Gesetze einen Eintragungsgrund erblicken, so daß für die Eintragung nur erfordert ist, daß die Voraussetzungen klar gestellt werden, an welche das Gesetz das Pfandrecht knüpft.

b) Es ist aber auch denkbar, daß aus der gesetzlichen Zusicherung des Pfandrechts ein bloßer Anspruch gegen den Grundeigenthümer auf Bewilligung einer Hypothek entspringt.[2]

Die erstere Auffassung ist die des allgemeinen Landrechts. Dasselbe machte die Eintragung davon abhängig, daß der Thatbestand des gesetzlichen Pfandrechtstitels dem Hypothekenrichter durch öffentliche Urkunden erbracht sei. Die Zuziehung des Grundeigenthümers, gegen welchen die Eintragung genommen wurde, fand nicht statt.[3] Anders nach dem jetzigen Grundbuchrechte. Der Antrag auf Einschreibung des gesetzlichen Pfandrechts ist nicht mehr bei der Hypothekenbehörde zu stellen, vielmehr bedarf es jetzt der Requisition zuständiger Behörden oder der Vermittlung des Proceßrichters, wenn die Bewilligung des Eigenthümers, gegen welchen die Eintragung geschehen soll, nicht freiwillig gegeben wird. Der Proceßrichter kann aber den Antrag auf Eintragung erst ergehen lassen, wenn das Recht auf dieselbe

---

10) Das Gesetz über den E. E. §. 26 bestimmt: der bei der Veräußerung eines Grundstücks zur Sicherstellung einer Forderung bedungene Vorbehalt des Eigenthums gewährt dem Veräußerer nur das Recht, für die bestimmte Summe eine Hypothek auf das Grundstück eintragen zu lassen. Die Meisten sind der Ansicht des Textes; vgl. Brettner bei Gruchot Bd. 17 S. 162 und bei Turnau G. B. O. Bd. 1 S. 323 Citirte.

1) Vgl. unten §. 351 Anm. 7.

2) So das mecklenburgische Recht nach Meibom Mecklenburg. Hyp. R. S. 110.

3) L. R. I, 20 §. 3 setzte ausdrücklich die Bedeutung des gesetzlichen Titels darin, daß der Gläubiger auch ohne besondere Einwilligung des Schuldners auf die Bestellung eines Unterpfandes antragen könne. Die näheren Bestimmungen über das hierbei einzuhaltende Verfahren gab die Hypothekenordnung Tit. II §. 182 ff.

Digitized by Google

nach zweiseitiger Verhandlung rechtskräftig festgestellt ist; nur die Eintragung von Vormerkungen kann er auf einseitige Bescheinigung nachsuchen.[4]

Die Eintragung auf Grund eines solchen gesetzlichen Anspruchs muß nicht auf eine bestimmte Summe lauten. Auch ist nicht gefordert, daß ein Maximalbetrag festgestellt werde, bis zu welchem das Grundstück haften soll.[5] Gehören dem Schuldner mehrere Grundstücke, so ist es Sache der freien Bestimmung des Gläubigers, ob er die Eintragung auf alle insgesammt oder getheilt oder auf einzelne fordern will.[6]

Die gesetzlichen Anrechte auf eine Hypothek sind hier nicht sämmtlich aufzuführen, vielmehr an den einzelnen Orten des Systems zu besprechen. Indessen sollen die folgenden als die wichtigsten hervorgehoben werden.[7]

1. Der Fiskus und gewisse mit fiskalischen Rechten versehene Anstalten haben einen gesetzlichen Pfandrechtstitel an dem Vermögen ihrer Schuldner wegen aller Ansprüche mit Ausnahme der Geldstrafen.[8]

2. Ferner besteht für gewisse öffentliche juristische Personen — Gemeinden, Kirchen, milde Stiftungen — ein Pfandrechtstitel an dem Vermögen ihrer Verwalter wegen ihrer Forderungen aus der Verwaltung und an dem Vermögen ihrer Kontraktschuldner wegen ihrer kontraktlichen Ansprüche.[9]

3. Die Ehefrau hat die Befugniß, eine Hypothek wegen ihres in die gesetzliche Verwaltung des Mannes übergegangenen Vermögens an dessen

---

4) Vgl. Achilles zu §. 19 des Gesetzes über den E. E. Anm. 4. Derselben Ansicht ist Förster Grundbuchrecht.

5) Die Vorschrift des §. 24 des Gesetzes über den E. E. ist ausschließlich auf konventionelle Hypotheken zu beziehen, wie aus dem Zusammenhang mit §. 23 erhellt.

6) Vgl. Hyp. O. II §§. 191. 163.

7) Zahlreiche gesetzliche Pfandrechte hatten früher ihre Quelle in der A. G. O. I, 50 §. 356 ff., worüber das Nähere zu vergleichen ist bei Schmidt Preuß. Pfandrecht S. 162 ff. Durch das Einführungsgesetz der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 Art. II wurde aber der Titel 50 der Proceßordnung aufgehoben und damit diejenigen Pfandrechtstitel, welche nur hier ihre Quelle fanden. Immerhin beläßt Art. XI des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung außer den im allgemeinen Landrechte und anderen beibehaltenen Gesetzen aufgeführten gesetzlichen Titeln einige jener Pfandrechtstitel in Kraft. Die V. O. vom 5. Juli 1875 §. 32 Abs. 6 bestimmt: ein Pfandrecht oder ein Titel zum Pfandrecht entsteht durch die Vormundschaft nicht.

8) Einführungsgesetz zur Konkursordnung Art. XI sub 1. Es ist also der Satz l. 46 §. 3 D. de jure fisci 49, 14 maßgebend gewesen: „fiscus semper habet jus pignoris." Das Recht des Fiskus bezieht sich auch auf gesetzliche Ansprüche, z. B. wegen der Gerichtskosten und der in Untersuchungssachen entstandenen Kosten, Gesetz vom 10. Mai 1851 §. 15, ferner auf Forderungen, die ihm abgetreten wurden. Nur der Fiskus selbst hat diesen Anspruch. Cedirt daher der Fiskus eine ihm zustehende Forderung, so kann der Cessionar den fiskalischen Pfandrechtstitel nicht als Zubehör des cedirten Rechts geltend machen, während dann, wenn die fiskalische Hypothek bereits eingetragen wäre, diese Hypothek auch auf den Cessionar überginge. — Der Antrag der Eintragung der fiskalischen Vorrechte auf die Immobilien der fiskalischen Beamten und Domänenpächter soll von der vorgesetzten Dienstbehörde nur geschehen, wenn besondere Umstände dieselbe erfordern. K. O. vom 2. Juli 1833.

9) Gesetz betr. Einführung der Konkursordnung Art. XI sub 2.

Digitized by Google

Grundstücken eintragen zu lassen, und zwar innerhalb eines Jahres nach Beginn der Verwaltung des Mannes oder des Erwerbs von Grundstücken, wenn dieser Erwerb später erfolgt ist.[10]

4. Schreitet der Vater, welcher das Vermögen seiner in der Gewalt stehenden Kinder der ersten Ehe verwaltet, zur zweiten Ehe, so erhalten jene Kinder einen gesetzlichen Pfandrechtstitel an seinen Grundstücken.

§. 321. 3. Vollstreckbare Verfügungen.

Aus vollstreckbaren rechtskräftigen Urtheilen, wie aus vollstreckbaren Vergleichen und Zahlungsverfügungen entspringt ein Titel zum sogenannten richterlichen Pfandrecht an den Grundstücken des verurtheilten Schuldners. Es hat dies gute praktische Gründe; denn die richterliche Hypothek verleiht dem Urtheilsgläubiger eine Sicherung, welche ihm nicht selten seine Befriedigung genügend verbürgt, und ihm hierdurch erspart, die sofortige Subhastation gegen den Verurtheilten zu ungünstiger Zeit zu betreiben. Die geschichtliche Wurzel dieses Pfandrechts liegt in dem römischen pignus praetorium, welches freilich mannigfache Wandlungen erfahren hat. Denn im römischen Rechte wurde es dem vom Prätor in das Vermögen eines Schuldners eingewiesenen Gläubiger dann zugestanden, wenn er sich in den Besitz gesetzt hatte.[1] Das gemeine Recht hatte dies Pfandrecht zwar zu Gunsten der Urtheilsgläubiger übernommen, indessen die römische Anforderung wirklicher Besitzergreifung durch den Gläubiger nicht festgehalten, vielmehr eine symbolische Besitzeseinweisung an die Stelle treten lassen. Das jetzige preußische Recht fordert eine richterliche Einweisung nicht mehr. Dieselbe wird vielmehr durch die Eintragung im Grundbuche auf Grund des rechtskräftigen Erkenntnisses ersetzt.[2 3]

---

10) So beschränkt diesen aus der gesetzlichen Totalhypothek des römischen Rechts erwachsenen Titel das Einführungsgesetz zur Konkursordnung Art. XII. L. R. II, 1 §. 254 hatte das Recht unbeschränkt gewährt. Es entsteht die Frage, ob die Frau, welche die Eintragung innerhalb eines Jahres nicht begehrte, obgleich ihr Mann Grundeigenthümer war, nur ihren Titel auf die Grundstücke verliert, die derselbe in jener Zeit besaß, oder schlechthin des Anspruchs verlustig geht auch in Beziehung auf andere Grundstücke, die derselbe später erwarb. Wir werden uns für die erstere Ansicht entscheiden müssen, da wir die mindere Beschränkung ihres Rechts im Zweifel zu statuiren haben. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 82 S. 276. Das Jahr ist vom Eigenthumserwerb durch den Mann zu rechnen, also namentlich von der Auflassung an, wenn der Erwerb im Wege einer freiwilligen Veräußerung geschah.

1) Die Immission galt jedoch allen Gläubigern als ertheilt, in deren Person ihre Voraussetzungen zutrafen, so daß der pfandrechtliche Charakter kein vollkommener war. l. 12 D. de r. a. j. 42, 5. Vgl. Dernburg Pfandrecht I, S. 400 ff.

2) Das frühere preußische Recht hierüber war wenig klar. Vgl. L. R. I, 20 §. 5 und A. G. O. I, 50 §. 448, I, 51 §. 12. Neu geregelt wurde das Verhältniß durch die V. vom 4. März 1834 über die Exekutionen §. 22. Indessen war nach ihrer Bestimmung die Nachsuchung der Eintragung bei dem Proceßrichter davon

Digitized by Google

Die richterliche Hypothek erstreckt sich auf Kapital, Zinsen, Proceßkosten und auf die Kosten der Eintragung selbst.[4] Erforderlich ist, daß die Verurtheilung auf eine bestimmte, unmittelbar zahlbare Geldsumme laute.[5] Die Verurtheilung zu Leistungen anderer Art kann zwar eine Vormerkung, nicht aber eine Hypothek selbst begründen.[6]

Besitzt der Schuldner verschiedene Grundstücke,[7] so hat der Gläubiger die Wahl, welches derselben er mit der Urtheilsschuld belasten will. Verlangt er die Einschreibung auf mehrere Grundstücke, so muß er die Pfandbelastung vertheilen.[8] Ebenso ist zu verfahren, wenn mehrere Schuldner, welche solidarisch haften, zusammen verurtheilt wurden, falls eine Eintragung auf die Grundstücke der verschiedenen Solidarschuldner verlangt wird.[9]

Der Antrag auf Eintragung einer Judikatshypothek ist beim Proceßrichter anzubringen, welcher in Folge desselben das Eintragungsgesuch bei dem Grundbuchamte stellt, indem er eine mit dem Atteste der Rechtskraft versehene Ausfertigung des der Exekution zu Grunde liegenden Dokuments beifügt, welches mit dem Hypothekenbriefe verbunden wird.

---

abhängig, daß im Wege der Exekution der Zahlungsbefehl an den Schuldner erlassen und die in demselben bestimmte Zahlungsfrist abgelaufen war. Dem Gläubiger stand frei, auf Grund des Erkenntnisses beim Hypothekenrichter schon vorher die Eintragung einer Protestation zur Erhaltung seines Vorrechts nachzusuchen. Diese Protestation wurde durch §. 45 der Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 aufrecht erhalten. Nach dem Gesetz vom 20. März 1854 §. 15 wird jedoch ein besonderer Zahlungsbefehl an den Verurtheilten nicht mehr erlassen und die Eintragung der Judikatshypothek ist unmittelbar nach Rechtskraft des Erkenntnisses zulässig. Jene Protestation ist daher überflüssig und fiel in Folge dessen weg.

3) Die bezüglichen Bestimmungen wurden durch die R. C. P. O. nach §. 757 Abs. 2 nicht berührt.

4) V. vom 4. März 1834 §. 22. Es ist zulässig auf Grund eines rechtskräftigen Erkenntnisses, rückständige Hypothekenzinsen kapitalisirt einzutragen. Hierdurch kann aber natürlich die Stellung bereits eingetragener Nachhypotheken, welchen jene Zinsen an sich nur in einem beschränkten Maße vorgehen, nicht verschlechtert werden.

5) Die Vollstreckbarkeit des Erkenntnisses darf noch nicht verjährt sein. — Keine Eintragung kann ferner dann genommen werden, falls Jemand nur zu künftigen Leistungen, z. B. Alimenten, verurtheilt ist, weil das Erkenntniß noch nicht vollstreckbar ist. Präj. 1619 Entsch. des O. T. Bd. 12 S. 482.

6) Gesetz über den E. E. §§. 23. 24. Nach früherem Rechte nahm man das Gegentheil an: Entsch. d. O. Tr. Bd. 22 S. 222, Präj. n. 2347. Vgl. Große bei Gruchot Bd. 19 S. 407 ff.

7) Erforderlich ist, daß der Judikatsschuldner im Grundbuch eingetragen sei, die Eintragung einer Vormerkung gegen die nicht eingetragenen Erben des eingetragenen Eigenthümers will jedoch zulassen Johow Bd. 5 S. 123.

8) V. vom 4. März 1834 §. 23. Das Reskript vom 25. April 1836 spricht aus, daß die auf ein Folium eingetragenen Grundstücke im Sinne jenes Paragraphen nicht für mehrere Immobilien, sondern für ein Immobile zu erachten seien. Genau genommen ist aber zu unterscheiden, ob diese Grundstücke juristisch zu einer Einheit verbunden wurden oder nur aus Rücksichten einer zweckmäßigen Buchung unter Bewahrung ihrer Selbständigkeit auf einem Blatte eingeschrieben sind. In letzterem Falle ist eine Repartition auf die einzelnen Grundstücke vorzunehmen.

9) Anders Gruchot Bd. 3 S. 311. Turnau G. B. O. Bd. 1 S. 284.

Digitized by Google

§. 322. Die Vormerkungen. Die Arrestprotestation.

Der Gläubiger, welcher noch keinen eintragungsfähigen Titel hat, kann die Eintragung der Vormerkung eines Pfandrechts auf Grund der Glaubhaftmachung seines Anspruchs durch die Vermittlung des Proceßrichters erwirken.[1] Es ist nicht gefordert, daß eine solche Vormerkung auf eine bestimmte Summe gehe, oder daß wenigstens eine Maximalsumme eingetragen wurde.[2] Durch die Eintragung der Vormerkung entsteht ein bedingtes Pfandrecht, welches durch die endgültige Eintragung mit seinem ursprünglichen Range purificirt wird. Die endgültige Eintragung kann ersetzt werden dadurch, daß die Existenz ihrer Voraussetzungen mittels Anerkenntnisses der Interessenten oder durch ein gegen diese erstrittenes, rechtskräftiges Erkenntniß festgestellt wird. Es ist dies namentlich im Subhastationsverfahren zulässig.[3] Der Ausbruch des Konkurses über das Vermögen des Eigenthümers kann die Purifikation der vorher eingetretenen Vormerkung nicht mehr hindern, da dieselbe ein festes, wenn auch nur bedingtes Recht herstellte.

Die aus der Vormerkung erwachsenen Rechte sind abtretbar; Hypotheken- und Grundschuldbriefe werden über] bloß vorgemerkte Rechte aber nicht ausgestellt.

Vielbestritten[4] ist die rechtliche Behandlung der sogenannten Arrestprotestationen, d. h. der zur Sicherung einer gefährdeten Forderung unter den Voraussetzungen des Arrests vorgenommenen Eintragung auf ein Grundstück.[5]

---

1) Das Gesetz über den E. E. §. 22 bestimmt, der Gläubiger hat das Recht, unter Vermittlung des Proceßrichters eine Vormerkung auf dem Grundstücke seines Schuldners eintragen zu lassen. Ueber die materiellen Voraussetzungen, unter welchen eine solche Vormerkung verlangt werden kann, spricht sich das Gesetz nicht aus. Daher ist das frühere Recht als maßgebend anzusehen. Insbesondere ist, wie nach früherem Recht, der Regel nach ein Pfandrechtstitel erfordert, der nur noch nicht eintragungsreif ist. So Behrend in s. Zeitschrift Bd. 7 S. 117. Unrichtig ist also die Annahme — Achilles zu §. 22 — daß jeder Gläubiger, auch wenn ihm kein Titel zur Hypothek zustehe, sondern nur ein persönlicher Anspruch, der glaubhaft gemacht werden könne, ohne weitere Voraussetzung die Eintragung fordern könne. Solche Möglichkeit der beliebigen Verwandlung des Personalkredits in einen Realanspruch wäre bedenklich und nachtheilig für den Grundbesitz.

2) §. 24 des Gesetzes über den E. E. ist also auf dieses Verhältniß nicht zu übertragen.

3) Vgl. oben S. 463.

4) Vgl. die bei Turnau G. B. O. Bd. 1 S. 292 ff. Citirten.

5) In der früheren preußischen Jurisprudenz war die Zulässigkeit dieser Vormerkungen an sich bestritten. Bejaht wurde dieselbe durch den Plenarbeschluß des O. Tr. vom 30. Mai 1842, Entsch. Bd. 8 S. 57, insbesondere aber statuirte die Novelle vom 24. Mai 1853 solche Arreste. Nachdem die Gesetzeskraft der Novelle aufgehoben wurde, ist die Frage wieder eine offene geworden. Vgl. Förster Grundbuchrecht S. 67. Indessen sind, wie bereits oben bemerkt wurde, im §. 22 des Gesetzes über den E. E. die materiellen Voraussetzungen der Vormerkungen nicht regulirt, vielmehr war es

Digitized by Google

Die eine Partei der Juristen nimmt an, solchen Eintragungen wohne nur die Bedeutung gewöhnlicher Arreste inne, also die Wirkung einer Dispositionsbeschränkung des Grundeigenthümers über sein Grundstück.[6] Demnach wären sie zur Umschreibung in Hypotheken nicht geeignet, also auch in die zweite, nicht in die dritte Abtheilung des Grundbuchs einzutragen. Der Vorgemerkte erhielte keinen Anspruch auf vorzügliche Befriedigung aus den Kaufgeldern vor anderen Gläubigern. Umgekehrt könnten freilich auch später eingetragene Gläubiger gegen den Vorgemerkten von ihrer Hypothek keinen Gebrauch machen. Hiernach müßten die Ansprüche nach den über die Rangordnung persönlicher Forderungen bestehenden Grundsätzen der Konkursordnung befriedigt werden.

Die entgegengesetzte Ansicht sieht in dieser Vormerkung eine bedingte Judikatshypothek, welche derselben für den Fall der rechtskräftigen Verurtheilung des Schuldners im Voraus eine vorzügliche Stelle in der Reihenfolge der Eintragungen sichert.[7]

Uns erscheint diese zweite Ansicht als die richtige. Die sogenannte Arrestprotestation bestimmt sich in ihren *Voraussetzungen* nach den Grundsätzen des Arrests; diese Grundsätze sind aber für die Beurtheilung ihrer *Wirkung* nicht passend. Denn die nach der Vormerkung eingetragenen Hypotheken ordnen sich unter einander nach ihrer Reihenfolge im Grundbuche, damit will nicht stimmen, daß mit ihnen die Forderung, zu deren Gunsten der Arrest ausgebracht ist, nur konkurriren soll. Es führt dies nicht bloß zu schwer löslichen Schwierigkeiten, sondern auch zu irrationellen Resultaten. Denken wir, für den Primus sind 200 zu Nr. 1 vorgemerkt, Sekundus hat zu Nr. 2 eine Hypothek von 200, Tertius zu Nr. 3 eine

---

die Absicht, es in dieser Hinsicht bei dem bisherigen Rechte zu belassen. — Man kann zugeben, daß, vom einseitigen Standpunkte des Hypothekenrechts aus, die Kreirung einer Hypothek im Falle der Gefährdung einer persönlichen Forderung nicht gerechtfertigt scheint. Allein das Bedürfniß, die Exekution der Forderungen praktisch zu sichern, ist doch das überwiegende.

6) So namentlich der dritte Senat des O. Trib. in Striethorst Archiv Bd. 66 S. 231, Bd. 93 S. 191. Entsch. Bd. 76 S. 103, hierfür auch die Mehrzahl der Schriftsteller, z. B. Schultze bei Gruchot Bd. 15 S. 717, Rintelen bei Johow Jahrb. Bd. 4 S. 294. Man stützt sich hierbei auf A. G. O. I, 29 §. 87, wonach der Arrestschlag unter mehreren Gläubigern kein Vorzugsrecht begründet. Die Frage ist aber, ob diese Vormerkung auch in ihren Wirkungen als Arrest zu behandeln ist.

7) Diese Ansicht hat namentlich angenommen der vierte Senat des Obertribunals, Entsch. Bd. 35 S. 211, Striethorst Bd. 73 S. 178. — Eine dritte Ansicht hat Behrend a. a. O. S. 123 ausgesprochen. Nach derselben soll die Arrestvormerkung zwar den Vorzug vor Eintragungen zur spätern Stelle geben; es soll aber andern Arrestsuchern das Recht zustehen, eine Subingrossation auf die Arrestvormerkung zu fordern, um an deren Vortheilen zu participiren. Dies scheint uns nicht als glückliche Vermittlung, da jener spätere Arrestsucher kein Recht hat, Vorzugsrechte in Anspruch zu nehmen, die von einem andern Gläubiger für eine andere Forderung erworben waren.

Digitized by Google

Hypothek von gleicher Höhe eintragen lassen. Der Subhastationserlös ist 300. Hier würde zunächst rechnungsmäßig auf jeden der drei Gläubiger 100 zu distribuiren sein, aber Tertius, welcher als Minuend gegenüber dem Primus rechnungsmäßig konkurrirte, würde, da ihm Sekundus mit seinen 200 vorginge, nichts erhalten können. Die Nacheintragung des Tertius wäre daher nur dem Sekundus, nicht aber dem Tertius selbst von Vortheil.

Solchen Resultaten gegenüber werden wir um so mehr daran festhalten, daß auch diese Eintragung ein bedingtes Pfandrecht erzeugt, als das Gesetz allgemein vorschreibt, daß durch Vormerkungen für die endgültige Eintragung die Stelle in der Reihenfolge der Eintragungen gesichert wird. Die sogenannte Arrestprotestation unterliegt daher denselben Grundsätzen, wie andere Vormerkungen, welche ein bedingtes Realrecht begründen. Es ist also auch für sie der Konkurs und die Einleitung der Subhastation nicht von Erheblichkeit. Sie wird noch putificirt, wenn die zu Grunde liegende Forderung im Subhastationsverfahren rechtskräftig anerkannt wird.[8]

Nachdem die R. C. P. O. dem Arrest auf Mobilien die Wirkung eines Pfandrechts beigelegt hat, wird dieselbe Wirkung bei Immobilien sicher angenommen werden müssen.[9]

§. 323. Rekognitions-Hypothek.

Die Regel, wonach Hypotheken nur durch Eintragung begründet werden, leidet dann eine Ausnahme,[1] wenn das Grundbuch für einen Bezirk noch nicht angelegt ist, oder, was häufiger vorkommt, wenn das einzelne Grundstück, um welches es sich handelt, noch keine Aufnahme im Buche gefunden hat.

---

8) Die Frage ist bestritten, ob die Arrestvormerkung wirkungskräftig sei, wenn sie gegen den als Eigenthümer Eingetragenen genommen wurde und wenn nicht dieser, sondern ein Dritter der wirkliche Eigenthümer ist. Man hat hier die Geltung der Vormerkung in Abrede gestellt, weil die arrestatorische Vormerkung nur negativ wirke und kein bedingtes dingliches Recht erzeuge: Striethorst Archiv Bd. 43 S. 63. Bd. 82 S. 360 ff. Dies Argument erledigt sich durch unsere Grundauffassung. Ein anderes Gegenargument von Behrend a. a. O. stützt sich auf das Gesetz über den E. E. §. 9 Abs. 3, wonach der nicht eingetragene Eigenthümer nur die von Dritten „gegen Entgelt" in redlichem Glauben erworbenen Rechte anerkennen muß; von einem entgeltlichen Erwerb der Arrestvormerkung lasse sich aber nicht sprechen. Allein die Arrestvormerkung hat in dieser Hinsicht keine andere Stellung, wie die Judikatshypothek. Die Meinung der Worte „gegen Entgelt" ergiebt sich durch den Gegensatz des lukrativen Titels. Da nun die Arrestvormerkung keinen lukrativen Titel bildet, so kommt dem Vorgemerkten der Glaube des Grundbuchs zu Gute.

9) Vgl. oben §. 146 Anm. 22. Uebrigens überläßt §. 811 der R. C. P. O. die Regelung des Arrestes in Immobilien der Landesgesetzgebung.

1) Diese Ausnahme hat ihre Quelle in der Verordnung vom 16. Juni 1820 und der Deklaration vom 28. Juli 1838, welche nach der Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 §. 140 in Kraft geblieben sind.

Digitized by Google

Der Gläubiger, welcher auf das noch nicht eingetragene Grundstück einen an sich eintragungsfähigen Titel zur Hypothek erwirbt, hat denselben beim Grundbuchamte anzumelden, indem er zugleich dessen Prüfung und die Bescheinigung seiner Anmeldung beantragt. Diese Bescheinigung — Rekognition — durch das Grundbuchamt, welche auf das Original-Instrument über die Hypothek zu setzen ist, vollendet die Pfandbestellung.[2]

Die Rekognitions-Hypothek gewährt ein gegen Dritte verfolgbares Recht und den Vorzug gegenüber späteren Erwerbern der Sache oder eines Rechts an derselben.[3] Sie verleiht aber diejenigen Rechte nicht, welche aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuches fließen. Demzufolge muß der Gläubiger, welcher ein Pfandrecht gegen Dritte auf Grund der Rekognitions-Hypothek in Anspruch nehmen will, das Eigenthum seines Autors an dem Pfandgrundstücke zur Zeit der Rekognition nachweisen. Auch stehen dem redlichen Erwerber einer Rekognitions-Hypothek alle Einreden entgegen, welche dem ursprünglichen Gläubiger derselben entgegengesetzt werden konnten, da die besonderen Begünstigungen des Erwerbs eingetragener Hypotheken für dies Verhältniß nicht bestimmt sind.[4]

§. 324. Hypotheken- und Grundschuldbriefe.[1]

Es ist ein Zug des neueren Rechtes, die Urkunden über Rechtsgeschäfte zu Trägern der in ihnen bezeugten Befugnisse zu machen, ganz im Gegensatze gegen das römische Recht, welches Urkunden stets nur als Beweismittel über die Vornahme eines Rechtsaktes behandelte. Diese Eigenthümlichkeit des neueren Rechts[2] findet sich insbesondere im Wechsel und im Inhaberpapier ausgeprägt, und zwar am vollsten im nicht amortisirbaren Inhaberpapier, z. B. dem Koupon, mit dessen physischem Untergange jeder Anspruch erlischt.

---

2) Die Rekognition genügt nicht, wenn ein Grundstück verpfändet wird, welches zwar nicht *besonders* im Grundbuche eingetragen ist, welches aber einen *Flächenbestandtheil* eines im Grundbuche eingetragenen Grundstücks bildet, dessen einzelne Bestandtheile nicht bezeichnet sind. Dieser sehr erhebliche Umstand wird aber bei der derzeitigen Beschaffenheit unserer Grundbücher sehr oft zweifelhaft sein.

3) Die älteren Hypotheken, die nach den betreffenden Einführungspatenten nicht präkludirt sind, behalten auch ohne Rekognition ihre Stelle. — Hypotheken, welche gegen einen Autor angemeldet sind, welcher erst nachher Eigenthum des bezüglichen Grundstücks erwirbt, stehen der Natur der Sache nach solchen Hypotheken nach, welche derselbe Autor im Erwerbsdokumente bewilligt hat, obgleich diese erst später rekognoscirt wurden. Es ist also L. R. I, 20 §. 408 anwendbar, was Koch zur V. vom 16. Juni 1820 (L. R. I, 20 §. 391) mit Unrecht verneint.

4) Hiernach ist §. 38 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb auf die Rekognitionshypothek nicht anzuwenden.

1) Vgl. Meibom Mecklenburgisches Hypothekenrecht S. 141 ff.

2) Kuntze Wechselrecht S. 285 ff.

Digitized by Google

Die Hypothek und die Grundschuld nimmt an dieser Entwicklung Theil, wenn dieselbe auch nicht gleich folgerichtig und energisch durchgebildet ist.

Bei der Grundschuld soll die Ausstellung einer Urkunde stets geschehen. Bei Begründung einer Hypothek kann auf dieselbe Seitens des Verpfänders verzichtet werden,[3] jedoch nur so lange, bis eine Veränderung bei der Post eingetragen werden soll, da eine solche die nachträgliche Ausfertigung eines Briefes schlechthin nothwendig macht.[4]

Der Grundschuld- und Hypothekenbrief soll ein stets treues Bild des Grundbuchblattes geben, auf welches er sich bezieht. Jede Eintragung im Grundbuche, welche den Zweck einer Veränderung der Post hat, ist daher von dem gleichzeitigen Vermerk auf dem Briefe abhängig.[5] Für die Uebereinstimmung des Grundbuchblattes und des Briefes ist der Richter und der Buchführer verantwortlich.[6] Duplikate des Briefes sollen nicht im Verkehr befindlich sein. Bedarf der Brief einer Erneuerung, so ist daher das ältere Exemplar zu kassiren[7] und vom Amte zurückzuhalten.

Die Form der Hypothekendokumente hat ihre besondere Geschichte, da man seit der Hypothekenordnung vom Jahre 1783 bemüht war, sie stets bequemer und handlicher zu gestalten.

a) Nach der Hypothekenordnung vom Jahre 1783 stellte man den Gläubigern sogenannte Hypothekenscheine aus, d. h. beglaubigte — in vim recognitionis ertheilte — vollständige Abschriften des bezüglichen Grundbuchblattes.[8] In denselben fanden sämmtliche Eintragungen des Grundbuchblattes Aufnahme, vorausgesetzt, daß sie nicht bereits im Buche durch Löschung oder der Löschung gleich wirkende Einträge beseitigt waren.[9] Der Hypotheken-

---

3) G. B. O. §. 122.

4) G. B. O. §. 129 Abs. 2. G. B. O. §. 91 Abs. 2. Besteht die Veränderung darin, daß die Hypothek in eine Grundschuld verwandelt wird, so muß die nachträgliche Ausstellung eines Grundschuldbriefs genügen. Fraglich ist, ob nur Abtretungen — Cessionen, Verpfändungen und Prioritätsabtretungen, wie sich die Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 §. 17 ausdrückte, — oder auch Veränderungen des Inhalts der Verpflichtung, z. B. Aenderungen des Zinssatzes die nachträgliche Bildung der Hypothekenurkunde erfordern. Für die Beschränkung auf Fälle der Abtretung spricht die Entstehungsgeschichte des Paragraphen, da man nur die Bestimmungen der Hypothekennovelle erhalten wollte, sowie dessen Tendenz, da man erst dann, wenn die Hypothek in den „Verkehr" getreten ist, eine Hypothekenurkunde für nöthig hielt. So auch die Mehrheit der Schriftsteller und die Praxis, vgl. Turnau G. B. O. Bd. 1 S. 384 ff.

5) G. B. O. §. 129 Abs. 1.

6) G. B. O. §. 131.

7) Näheres siehe G. B. O. §. 130. Eine Erneuerung kann namentlich auch dann von Interesse sein, wenn vorstehende Posten inzwischen gelöscht sind.

8) Vgl. Hypothekenordnung II §. 301 ff.

9) Aus der ersten Rubrik wurden nur Vermerke, welche den gegenwärtigen Eigenthümer und dessen Besitzzeit angingen, aufgenommen.

Digitized by Google

schein wurde mit der Urkunde über die persönliche Schuld verbunden und bildete mit ihr das sogenannte Hypotheken-Instrument.

b) Die Novelle vom 24. Mai 1853 §. 22 ff. ersetzte den Hypothekenschein durch den Hypothekenauszug. Derselbe wurde gleichfalls der Urkunde über die persönliche Schuld angehängt. Der wesentliche Unterschied vom Hypothekenschein lag darin, daß diejenigen Angaben des Grundbuchblattes, welche regelmäßig für den Nehmer der Hypothek ohne Bedeutung sind, wegzubleiben hatten. Insbesondere wurden die Schuldposten, welche der zu beurkundenden Hypothek vorgingen, in dem Auszuge nur nach ihrer Nummer und mit ihrem Betrage aufgeführt, während alle auf die Person des Inhabers oder den Schuldgrund dieser Posten bezügliche Angaben wegblieben.

c) Nach dem jetzigen Grundschuldrechte werden sogenannte Hypotheken- und Grundschuldbriefe ausgefertigt. Die Ausstellung Beider erfolgt an sich nach gleichen Grundsätzen und zwar in ähnlicher Weise, wie früher bei den Hypothekenauszügen. Sie enthalten den Eintragungsvermerk über die bezügliche Post, aus welchem sich deren wesentliche Bestimmungen ergeben. Dazu kommen die zur Beurtheilung ihrer rechtlichen Stellung nothwendigen und zur Würdigung ihrer Bonität nützlichen auszüglichen Nachrichten aus dem Grundbuchblatte.[10] Nur mit den Hypothekenbriefen wird aber noch die Urkunde über die zu Grunde liegende persönliche Schuld verbunden. Bei Grundschuldbriefen hat das Amt auch dann keine Verbindung vorzunehmen, wenn die Grundschuld materiell der Sicherung einer persönlichen Forderung dient und dies dem Amte kund gethan ist.

Die Aushändigung des Briefes hat an den Grundeigenthümer zu geschehen, wenn die Eintragung sich auf seine Bewilligung stützt.[11] Dies auch dann, wenn der Antrag der Eintragung vom Gläubiger beim Amte gestellt wurde. Dem Gläubiger ist der Brief jedoch dann unmittelbar auszuhändigen, wenn der Eigenthümer dem Grundbuchamte dies als seinen Willen erklärt hat, sei es durch einen ausdrücklichen Zusatz bei der Bewilligung des Pfandrechts, sei es durch einen hierauf gerichteten besondern Antrag, sei es durch eine besondere Ermächtigung des Gläubigers zur unmittelbaren Empfangnahme des Briefes mittels Specialvollmacht. Bis zur Aushändigung des Briefes kann der Eigenthümer dies Zugeständniß zu Gunsten des Gläubigers durch eine an das Grundbuchamt gerichtete Erklärung jeder Zeit zurücknehmen.

Was nun die rechtliche Bedeutung des Briefes anlangt, so ist die formelle Existenz der Post und deren materielle Geltendmachung zu unterscheiden.

10) G. B. O. §. 122 ff. Auch aus der zweiten Abtheilung genügen auszügliche Vermerke, aus welchen das für die Post Wesentliche zu entnehmen ist.
11) G. B. O. §. 122.

Digitized by Google

Formell besteht die Post auch, wenn der Brief über dieselbe noch nicht ausgefertigt und dem Gläubiger nicht ausgehändigt wäre. Insbesondere genügt, wie bereits oben bemerkt wurde, die bloße Eintragung im Grundbuche dazu, daß die Post im Falle einer Subhastation von Amtswegen berücksichtigt wird, so daß eine Kaufgelderrate für sie zu reserviren ist.[12] Die materielle Geltendmachung der Post aber ist in den wichtigsten Beziehungen an den Brief gebunden. Denn es kann nur Zahlung erlangen oder in der Subhastation die ausgeworfene Kaufgelderrate erheben, wer im Besitz des Briefes ist oder ein Erkenntniß über dessen Amortisation erstritten hat.[13] Es gilt dies für Hypotheken und Grundschulden; eine Ausnahme findet nur für solche Hypotheken statt, bei welchen auf Ausstellung eines Briefes verzichtet ist.

Im §. 20 bestimmt das Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 noch besonders, daß der Gläubiger das Verfügungsrecht über die Grundschuld erst durch die Aushändigung des Briefes an ihn erlange.[14] Es kann dies aber nur den Sinn haben, daß trotz des formellen Bestehens der Post der Gläubiger materielles Recht nicht eher habe, als bis ihm der Eigenthümer durch Uebergabe des Briefes kreditirt habe. Die Fassung ist freilich eine ungenaue und der Gedanke nicht entwickelt. Die Bestimmung wurde nur für Grundschulden getroffen in Folge der Besorgniß vor den besonderen Gefahren der Grundschuld, sie ist aber nicht weniger richtig für Hypotheken, über welche Urkunden ausgestellt sind.

Die Eintragung allein giebt dem Eingetragenen kein Recht, auf Aushändigung des Briefes zu klagen. Vielmehr muß der Kläger darlegen, daß er einen materiellen Anspruch auf denselben habe, z. B. daß er die Valuta geleistet habe oder zu leisten bereit sei, oder daß ihm die Aushändigung des Briefes vor der Zahlung der Valuta versprochen sei.

Im Falle eines Verlustes des Dokuments kann der Gläubiger den Antrag auf das gerichtliche Aufgebot und die Kraftloserklärung desselben stellen, damit ihm an Stelle der abhanden gekommenen eine neue Urkunde ausgefertigt werde. Aber auch der Grundeigenthümer, welcher Tilgung der Post behauptet, kann diese Kraftloserklärung herbeiführen, sei es, um die Löschung der Post im Grundbuche zu ermöglichen, sei es, um sein Successionsrecht in dieselbe festzustellen und die Neuausfertigung eines Dokuments zu bewirken.[15]

---

12) Subhastationsordnung §§. 10. 14. 60.

13) Subhastationsordnung §. 80.

14) Diese Bestimmung, welche sich in den früheren Entwürfen nicht fand, wurde im jüngsten Regierungsentwurf für dessen „Hypothek" vorgeschlagen. Bei der Umarbeitung des Entwurfs im Herrenhause beschränkte man sie auf die „Grundschuld" und dehnte sie nicht auf die wieder aufgenommene landrechtliche Hypothek aus, weil für die Hypothek die Ausfertigung eines Hypothekenbriefes nichts Wesentliches sei.

15) Vgl. G. B. O. §§. 110. 111. Der Gläubiger konnte nach früherem Rechte das Aufgebot der Urkunde nur beantragen, wenn die Gläubigereigenschaft Seitens

Digitized by Google

III. Abtretung der Hypothek und der Grundschuld.[1]

§. 325. Die gewöhnliche Abtretung.

Die möglichste Begünstigung und Erleichterung der Abtretung von Hypotheken und Grundschulden liegt im allgemeinen Interesse. Denn der Pfandgläubiger, welcher seines Kapitals bedürftig ist, kann dasselbe nur mittels Kündigung oder im Wege der Abtretung gegen einen Verkaufspreis erhalten. Von diesen beiden Mitteln führt das erste häufig zur Subhastation und damit zur Vernichtung der wirthschaftlichen Existenz des Grundeigenthümers, während das zweite nur einen Wechsel der Person des Gläubigers bewirkt und das Ziel ohne eine solche Katastrophe erreicht. Die Förderung der Abtretung geschieht nun nach preußischem Rechte in doppelter Weise. Einmal durch Sicherung des redlichen Erwerbers der Hypothek oder Grundschuld gegen Einreden, die ihm unbekannt geblieben waren, dann durch Erleichterungen der Form der Uebertragung.

Im Allgemeinen richtet sich die Abtretung von Hypotheken und Grundschulden nach den Regeln, welche überhaupt für die Cession von Rechten gelten.[2] Eigenthümliche Folgen treten indessen dadurch ein, daß es sich hierbei um ein Recht handelt, welches im Grundbuche eingetragen und im Hypotheken- oder Grundschuldbriefe gewissermaßen verkörpert ist. Daher kommt es, daß wir bei der Abtretung von Hypotheken und Grundschulden verschiedene Stadien zu unterscheiden haben, welche sämmtlich durchschritten werden müssen, damit die Cession eine vollkommen vollzogene und schlechthin gesicherte sei.

1. Die Grundlage bildet der Cessionsvertrag zwischen dem Abtretenden und dem Cessionar. Derselbe bedarf zu seiner Gültigkeit nur der allgemeinen Form der Cession. Es ist also die schriftliche Erklärung des Abtretenden dann erforderlich, wenn der Pfandanspruch verbrieft ist, oder wenn er den Betrag von 50 Thlr. übersteigt; sonst genügt mündlicher Vertrag.[3]

2. Durch das Hinzukommen einer gehörigen Denunciation wird der Cessionar dagegen gesichert, daß der Grundeigenthümer fortan noch Einwen-

---

des Grundeigenthümers oder des Gerichts diesem gegenüber anerkannt war. Es ist nicht mit Achilles anzunehmen, daß dies durch §. 111 geändert sei, da nur so festgestellt werden kann, daß der Antragsteller „Gläubiger" ist. So auch Turnau G. B. O. Bd. 1 S. 440.

1) Gesetz über den E. E. §. 52 ff. G. B. O. §. 79 ff. Vgl. auch Meibom Meckl. Hypothekenrecht S. 230 ff.

2) L. R. I, 11 §. 376 ff. unten Bd. 2 §. 81 ff.

3) L. R. I, 11 §. 393 ff. unten Bd. 2 §. 82.

Digitized by Google

dungen aus der Person des Cedenten gegen ihn erwerbe.[4] Daher kann z. B. nur der Cessionar, nicht der Cedent, nach der Denunciation kündigen und eine etwaige Kündigung des Grundeigenthümers kann nur noch an den Cessionar geschehen. Auch kann und muß der Pfandschuldner von jetzt an die Zinsen dem Cessionar zahlen.

3. Die Legitimation zur Eintreibung des eingetragenen Kapitals erlangt der Cessionar erst durch die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung der Abtretungserklärung und durch die Einhändigung des Briefes über die abgetretene Post, sofern ein solcher ausgefertigt war, da der Pfandschuldner nur gegen Ueberlieferung dieser Dokumente das Kapital zahlen kann und muß.[5]

4. Auswärtige Gesetzgebungen haben nicht selten aus dem Grundsatze der Oeffentlichkeit des Pfandrechts die Folgerung gezogen, daß die Umschreibung der Hypothekenforderungen im Grundbuche Erforderniß ihrer Abtretung sei.[6] Dies namentlich auch, damit der Grundeigenthümer stets wisse, wann er zu zahlen oder zu kündigen habe. Bei uns ist die Umschreibung dem Ermessen des Cessionars überlassen,[7] weil man durch jenen Zwang den Verkehr mit Hypotheken zu erschweren fürchtete. Dagegen giebt die Umschreibung dem Cessionar eine erhöhte Sicherheit,[8] da Subhastationen des Grundstücks und sonstige für das Pfandrecht wichtige Thatsachen nur den eingetragenen Inhabern der Forderung vom Gericht speciell kund gemacht werden, so daß sie den nicht eingetragenen Erwerbern der Post leichter entgehen können. Ferner bekleidet die Umschreibung die Abtretung mit öffentlichem Glauben, so daß sich Dritte als formelle Wahrheit auf sie berufen können.[9] Endlich begründet sie ohne Weiteres das Klagrecht des eingeschriebenen Erwerbers,[10] ohne daß dieser die Abtretung der Forderung noch in anderer Weise darzuthun hat.[11]

---

4) Ueber die Erfordernisse der Denunciation siehe L. R. I, 11 §. 414 ff., unten Bd. 2 §. 84.

5) G. B. O. §. 94.

6) So das sächsische Civilgesetzbuch §. 438. Das Mecklenburgische Recht legt dem Cessionar von Hypotheken an ritterschaftlichen Landgütern die Verpflichtung auf, die Einschreibung innerhalb eines Jahres zu beantragen. Meibom a. a. O. S. 240.

7) Gesetz über den E. E. §. 54.

8) Vgl. auch Hypothekenordnung von 1783 II §. 213.

9) Gesetz über den E. E. §. 38 in fine.

10) Gesetz über den E. E. §. 37.

11) Die formellen Erfordernisse der Eintragung einer Abtretung ergeben sich aus den allgemeinen Grundsätzen. Es bedarf der gerichtlich oder notariell beglaubigten Bewilligung des Gläubigers, — die, wie früher hervorgehoben wurde, in dem Cessionsvertrage implicite liegt (oben §. 197 Anm. 12) — oder dessen rechtskräftiger

Digitized by Google

Theilabtretungen der eingetragenen Post, welche unbedingt zulässig sind, müssen nach analogen Grundsätzen behandelt werden. An sich wird daher die schriftliche Abtretungserklärung, und wenn es sich um unverbriefte Hypotheken unter 50 Thlr. handelt, sogar der mündliche Vertrag genügen. Zur Einforderung des Kapitals ist aber der Theilcessionar nur legitimirt, wenn er im Besitz einer gerichtlich oder notariell beglaubigten Abschrift des Hypothekendokuments ist, auf welcher sich ein Vermerk darüber findet, für wen und über welchen Theil die Abschrift gefertigt wurde.[12]

Die Hypothek, desgleichen die materiell accessorische Grundschuld darf nicht in eine andere Hand gerathen, wie der durch sie versicherte persönliche Anspruch, da sonst die Gefahr droht, daß dem Schuldner doppelte Zahlung abgenöthigt werde. Daher verlangt das Gesetz, daß die Hypothek nur gemeinsam mit der persönlichen Forderung abgetreten werde.[13] Ueber die Folge der Zuwiderhandlung spricht es sich nicht aus. Meist wird die Absicht der Parteien bei alleiniger Abtretung der Hypothek gewesen sein, daß die Geltendmachung der Forderung im Wege der persönlichen Klage, sei es durch den Cessionar, sei es durch den Cedenten, unterbleibe. Dem steht nichts im Wege. Wollte hingegen der Cedent zwar die persönliche Forderung für sich zurückhalten, die Hypothek aber allein abtreten, so wäre ein solches Geschäft nichtig.[14] Wird eine zur Sicherung eines persönlichen Rechts dienende Grundschuld unter Vorbehalt der persönlichen Ansprüche abgetreten, so ist nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes die Abtretung gültig, die persönliche Forderung aber erlischt.[15]

Beurtheilung zu jener Bewilligung oder des Ersuchens einer zuständigen Behörde. Der Antrag kann vom Cedenten oder vom Cessionar gestellt werden. Bei dem Uebergange durch mehrere Hände sind sämmtliche Successionen in ununterbrochener Reihenfolge dem Grundbuchamte in beglaubigter Gestalt nachzuweisen, einer Eintragung der Zwischeninhaber bedarf es nicht. — Auf die causa der Cession erstreckt sich die Prüfung des Richters nicht, so daß er die Umschreibung nicht beanstanden darf, wenn ihm der Rechtsgrund der Cession auch mangelhaft scheint. — Die Umschreibung im Buche darf nur unter gleichzeitigem Vermerk auf dem Hypothekendokumente, welches vorzulegen ist, geschehen. G. B. O. §. 79 ff.

12) Muß der Theilcessionar auch darthun, daß der entsprechende Vermerk über die Abschreibung auf die Originalurkunde gesetzt ist? Fordert man dies nicht, so setzt man den Realschuldner der Gefahr doppelter Zahlung aus, verlangt man den Nachweis, so erschwert man die Lage des Theilcessionars sehr. Die letztere Behandlung wäre die konsequentere, die erstere, welche sich damit behilft, daß legalia praesumuntur, ist die praktisch nützlichere. Vgl. über Theilcession unten Bd. 2 §. 60 a. E.

13) Gesetz über den E. E. §. 52.

14) Vgl. auch Dernburg Pfandrecht I S. 562.

15) Ist diese Erlöschung eine endgültige oder entsteht nur eine Einrede gegen die persönliche Forderung, so daß dieselbe wieder Geltung erhält, wenn die Gefahr des Zwangs zu doppelter Zahlung nicht mehr besteht? Kann z. B. die persönliche Forderung noch nachträglich an den Cessionar der Grundschuld abgetreten werden? Kommt sie zur Geltung, wenn der ursprüngliche Gläubiger die Grundschuld zurückerwirbt oder wenn diese in der Subhastation ausgefallen und gelöscht ist? Dem

Digitized by Google

Das Gesetz schweigt über den Fall, daß die persönliche Forderung ohne die Hypothek oder ohne die zu ihrer Sicherung bestellte Grundschuld abgetreten werden sollte. Im Zweifel muß man in der Abtretung der Forderung auch die Cession der zugehörigen Hypothek oder Grundschuld eingeschlossen sehen.[16] War dies nicht die Absicht, so kann der Cessus jede Geltendmachung der persönlichen Forderung durch den Cessionar so lange ablehnen, als die Gefahr der Geltendmachung der eingetragenen Post besteht.[17]

Die Cession bezieht sich im Zweifel auch auf künftig fällige, nicht aber auf rückständige Zinsen. Werden dem Cessionar niedrigere, z. B. 4 % Zinsen von einer höher, z. B. zu 5 % verzinslichen Post abgetreten, so ist hierin der Regel nach die Absicht einer Herabsetzung des Zinsfußes zu Gunsten des Grundeigenthümers zu sehen, so daß dieser durch seinen Zutritt zum Geschäft nach Denunciation der Cession von der höheren Zinsenpflicht befreit wird.[18] — Der Abtretende haftet dem Cessionar abweichend von den allgemeinen Grundsätzen des preußischen Rechts nur für die Richtigkeit, nicht für die Zulänglichkeit der abgetretenen Hypothek oder Grundschuld.[19] — Die Kosten der Cession und der Eintragung des Cessionars sollen nach positiver Gesetzesbestimmung, wenn nichts Anderes verabredet ist, vom Cedenten und vom Cessionar zu gleichen Theilen getragen werden, obgleich an sich die Tragung der Kosten Sache des Cessionars wäre. Dem Grundeigenthümer liegen die Kosten der Cession dann auf Grund eines stillschweigenden, vom Gesetze unterstellten Vertrages ob, wenn auf dessen Veranlassung die Abtretung der Forderung geschah.[20]

Wortlaute des Gesetzes nach wäre in diesen Fällen die Geltendmachung der persönlichen Forderung unzulässig, seiner Intention nach wird man sie kaum ausschließen dürfen. Ueber die Rechtsgültigkeit der Vereinbarung, wonach der Gläubiger sich wegen seiner Forderung durch Veräußerung der Grundschuld zum erzielbaren Preise in Höhe derselben befriedigen darf, vgl. R. O. H. G. Bd. 23 S. 249.

16) L. R. I, 11. §. 403. Für die Grundschuld ist die Sache zweifelhaft. Allein wenn auch die materiell accessorische Grundschuld — und nur um diese handelt es sich hier — nach außen hin selbständig ist, so hebt dies nicht auf, daß sie zur Sicherung der persönlichen Forderung bestimmt ist, so daß im Zweifel die Parteiabsicht auf deren Mitübertragung gerichtet sein wird.

17) So lange der Schuldner noch Eigenthümer der verpfändeten Sache ist, hat er jedenfalls das beneficium ordinis nach L. R. I, 20 §. 46, wenn die persönliche Forderung vor der Pfanddistraktion geltend gemacht werden sollte.

18) Ausdrücklicher Vorbehalt der Zinsendifferenz durch den Cedenten ist zwar zulässig; dieselbe behält aber die aus ihrer Natur als Zins sich ergebende Abhängigkeit vom Kapital. Turnau G. B. O. Bd. 1 S. 366.

19) L. R. I, 11 §. 427.

20) Gesetz über den E. E. §. 56. Vgl. L. R. I, 20 §§. 517—519. Die letztere Bestimmung ist gerade keine glückliche, da die Frage, ob die Cession „auf Veranlassung" des Schuldners geschah, leicht zweifelhaft sein kann. Der Cedent wird nachweisen müssen, daß er vom Schuldner Zahlung verlangt hat, oder daß der Schuldner den Cessionar präsentirte. — Man hätte es der besonderen Vereinbarung anheimstellen können, ob der Grundeigenthümer die Cessionskosten tragen soll.

Digitized by Google

Der Uebergang von Hypotheken oder Grundschulden kann sich, wie der von anderen Rechten, nicht nur durch Rechtsgeschäft, sowie durch richterliche Ueberweisung,[21] sondern auch unmittelbar auf Grund des Gesetzes vollziehen. Beispielsweise tritt er zu Gunsten dessen ein, welcher einen Pfandgläubiger nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Pfandschuldners befriedigt.[22] Die vollständige Wirksamkeit der Abtretung ist auch in solchen Fällen von der Aushändigung des Dokuments an den Erwerber abhängig.[23]

Zweifelhaft ist die Frage des Vorzugs, wenn dieselbe Post von demselben Rechtsvorfahr Mehreren hintereinander abgetreten oder dem einen Gläubiger im Wege der Exekution vom Gericht übereignet wurde, nachdem sie bereits früher einem Andern abgetreten war. Von solchen Prätendenten ist zunächst zur Erhebung des Kapitals, wie auch zur Eintragung im Buche legitimirt, wer außer der beglaubigten Erklärung der Uebereignung im Besitz des Dokuments über die Hypothek und die Grundschuld ist. Dies auch dann, wenn nicht der erste, sondern der zweite Cessionar den Besitz des Dokuments erlangt hat. Es ist jedoch Primus berechtigt, sein besseres Recht an der Post durch eine Art von Vindikation gegen den Sekundus geltend zu machen, auch den Realschuldner durch Denunciation an der Zahlung an den Sekundus zu hindern. Denn dem Primus stand die Forderung bereits zu, als der Sekundus dazwischen trat, die Einhändigung des Dokuments aber gab dem Sekundus kein besseres Recht gegenüber dem Primus, wenn sie auch gegen den Pfandschuldner die Legitimation prima facie herstellte.[24]

Ueber die der Abtretung verwandte Lehre der Verpfändung der Hypotheken und Grundschulden kann erst später bei der Verpfändung von Forderungen gehandelt werden.

---

21) Zulässig ist, wie die Ueberweisung an Zahlungsstatt, so die Ueberweisung mit den Wirkungen einer Anweisung und die entsprechende Eintragung trotz G. B. O. §. 87. Auch ein Arrest ist eintragungsfähig. Gesetz über den E. E. §. 49.

22) Konkursordnung §. 11. Der Pfandgläubiger ist nach L. R. I, 20 §. 37 schuldig, einem Jeden, der ein dingliches Recht auf die Sache, ingleichen dem, welcher für die Schuld Bürgschaft geleistet hat, gegen vollständige Befriedigung nach der Fälligkeit sein Pfandrecht abzutreten. In diesem Nachklang des römischen jus offerendi et succedendi liegt aber nur ein aus dem Gesetze entspringender Anspruch auf Cession, keine gesetzliche Uebereignung.

23) Ueber den Cessionsanspruch dessen, der eine fremde Schuld zahlte, siehe unten Bd. 2 §. 94.

24) Die Entsch. des Obertrib. Bd. 4 S. 71 giebt freilich dem jüngeren Cessionar den Vorzug, wenn er im Besitz des Dokumentes ist. Allein deren Berufung auf L. R. I, 10 §. 23 ist verfehlt. Dort handelt es sich um den Fall, in welchem Mehrere einen Titel auf dieselbe Sache haben und der den Vorzug gewinnt, dem zuerst tradirt ist, weil erst die Tradition Eigenthum überträgt; hier ist das Recht bereits übergegangen und es fehlt nur noch der Besitz der Urkunde zu seiner vollständigen Ausübung. So auch Förster P. R. II. §. 99.

Digitized by Google

§. 326. Blankoabtretung der Grundschuld.[1]

Grundschulden können ohne Nennung des Erwerbers abgetreten werden — Blankoabtretung —. Jeder Inhaber erhält dadurch das Recht, die Blankoabtretung durch einen Namen auszufüllen, die Grundschuld auch ohne diese Ausfüllung abzutreten und die dingliche Klage anzustellen.

Ueber die Form der Blankoabtretung enthält das Gesetz keine besonderen Bestimmungen. Sie kann durch eine vollständige Erklärung der Abtretung erfolgen, in welcher der Name des Cessionars offen gehalten wird. — Richtiger Ansicht nach genügt aber auch die bloße Namensunterschrift des Cedenten, sofern die Erklärung der Cession noch darüber Platz findet.[2] Die Blankoabtretung kann auf den Grundschuldbrief selbst gesetzt oder daneben in einem besonderen Schriftstücke ausgestellt werden. Ersteres ist das Empfehlenswerthe.[3] Damit der Inhaber des Briefes eintragungsfähig und zur Kapitaleinziehung legitimirt wird, bedarf es der gerichtlichen oder notariellen Beglaubigung der Unterschrift des Blankocedenten. An sich ist aber auch diese Cession ohne eine solche Beglaubigung rechtsbeständig.

Ueber den rechtlichen Charakter der Blankocession bestehen zwei entgegengesetzte Ansichten:

1) Nach der einen bildet die Blankoabtretung eine noch unvollendete Cession zu Gunsten dessen, welcher dereinst durch Ausfüllung der Blanketts den Willen erklären wird, Cessionar zu werden. Hiernach bleibt der Cedent noch der Gläubiger, der Inhaber der Blankocessionsurkunde ist noch nicht der Forderungsberechtigte, er hat nur die Fähigkeit, durch eine in seinem Belieben stehende Handlung jederzeit Cessionar und Gläubiger zu werden.

---

1) Die Bestimmungen des Gesetzes über die Zulassung der Blankocession wurden angeregt durch das Vorbild des Mecklenburgischen Rechts — vergl. Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht S. 239 — und des Kantons Zürich, wo die Hypothekenurkunden geradezu die Natur von Inhaberpapieren an sich tragen. Der Regierungsentwurf wollte allerdings nur dem Grundeigenthümer verstatten, auf seinen Namen lautende Grundschuldbriefe in blanco abzutreten, so daß nach einmaliger Ausfüllung des Blanketts die Abtretung nur noch in gewöhnlichem Wege möglich gewesen wäre. In Veranlassung der Kommission des Herrenhauses und nach den Beschlüssen dieses Hauses hat aber das Gesetz über den E. E. §. 55 das Recht der Blankocession auf Grundschuldbriefe jeder Art ausgedehnt und jedem Gläubiger, sei er nun der ursprüngliche oder ein Cessionar, das Recht zur Blankocession gegeben. Die Blankocession kann auch zum Zweck der Verpfändung geschehen.

2) Als unzulänglich betrachtet die einfache Namensunterschrift Turnau zu §. 55 in G. B. O. Bd. 1 S. 357. Allein in dieser Namensunterschrift liegt nach der Anschauung des Verkehrs die Autorisation zur Ausfüllung der Cession. Die Worte des Gesetzes aber „ohne Nennung des Erwerbers" sind hervorhebend, nicht ausschließend. Es hätte auch keinen Grund, von der Nothwendigkeit der Nennung des Cessionars abzusehen und die Nothwendigkeit der ausdrücklichen Hervorhebung des Cessionsgeschäfts festzuhalten. Vgl. auch d. W. O. Art. 12 über das verwandte Blankoindossament.

3) Achilles zu §. 55 n. 101 sub c. Dag. Bahlmann a. a. O. n. 196 sub d.

Digitized by Google

Begiebt der erste Inhaber das Blankett weiter, so versetzt er nach dieser Ansicht den Empfänger in dieselbe Lage, in der er selbst sich befand. Zeichnet sich ein solcher späterer Erwerber des Blanketts als Cessionar auf dem Briefe ein, so erwirbt er hiermit die Forderung unmittelbar von dem Aussteller der Blankocession.[4]

2) Wir halten diese Auffassung für unrichtig, da es der Natur des Vertrags widerspricht, einen Abschluß zwischen zwei Personen zu unterstellen, wenn der einen möglicherweise Existenz und Identität der anderen völlig unbekannt bleibt. Auch spricht gegen diese Ansicht die gesetzliche Bestimmung, daß der Inhaber des Blanketts, selbst ohne Ausfüllung desselben, die Klage erheben kann, also forderungsberechtigt ist. Die Blankocession erscheint uns daher als ein einseitiger Willensakt, welcher auf Grund der gesetzlichen Ermächtigung die Grundschuld zum Inhaberpapier macht.[5] Denn was Anderes bedingt den Begriff des Inhaberpapiers, als daß die Forderung derart an eine Urkunde geknüpft wird, daß jeder Inhaber derselben und nur dieser zur Geltendmachung des in ihr bezeugten Anspruchs berechtigt ist? Diese Inhabereigenschaft behält aber der Brief nur bis zur Ausfüllung des Blanketts, so daß diese mit einer Außercourssetzung gewöhnlicher Inhaberpapiere verglichen werden kann. Versieht der eingezeichnete Cessionar den Brief aufs Neue mit einer Blankocession, so nimmt derselbe die Eigenschaft eines Inhaberpapiers wieder an.

Die Stellung eines Grundschuldgläubigers erwirbt auch, wer einen in blanco cedirten Grundschuldbrief von Jemandem erhielt, der zu dessen Begebung nicht befugt war — z. B. von einem Diebe — vorausgesetzt, daß die Blankocession ächt war. Dies in Folge der Eigenschaft des Briefes als

---

4) Vgl. Kuntze Inhaberpapiere S. 453, Meibom Mecklenburgisches Hypothekenrecht S. 239. Sohm bei Goldschmidt Ztschrift Bd. 17 S. 70. R. O. H. G. Bd. 15 S. 383, Bahlmann zu §. 55 des Gesetzes über den E. E.

5) So Achilles zu §. 55 des Gesetzes über den E. E. In gleicher Weise nimmt das O. Trib. Entsch. Bd. 29 S. 187 an, daß der Wechsel durch Blankoindossament zu einem Papiere auf den Inhaber werde. Die Motive der Regierungsvorlage über das Grundbuchrecht gehen allerdings von der entgegengesetzten Ansicht aus und meinen, indem sie die Inhaberqualität des in blanco ausgestellten Grundschuldbriefes verneinen, dieser trete hierdurch nur in die Kategorie der Urkunden, bei denen dem Schuldner die Legitimationsprüfung erleichtert ist. Allein der Schuldner ist nicht bloß berechtigt, dem Besitzer des in blanco indossirten Briefes ohne Legitimationsprüfung zu zahlen, sondern auch verpflichtet. Der Zweck ist also nicht bloß, die Legitimationsprüfung überflüssig zu machen, sondern die Begebbarkeit des Briefes zu fördern. Nicht entgegen steht, daß nach der Kab. O. vom 17. Juni 1833 die Ausgabe von Inhaberpapieren auf bestimmte Geldsummen an die königliche Genehmigung gebunden ist; denn es liegt ein specielles und noch dazu späteres Gesetz vor, welches die Kreirung dieser besondern Art von Inhaberpapieren der Privatautonomie anheimstellt.

Digitized by Google

Inhaberpapier. Auch unterliegt jener Erwerber, wenn er redlich war, keiner Vindikation, selbst wenn der Brief gestohlen oder verloren war.[6]

In Bezug auf die Kündigung des Kapitals, sowie die Zahlung der Zinsen kommt für den Schuldner nur in Betracht, wer sich ihm durch Denunciation als Grundschuldgläubiger legitimirt hat. Der Schuldner zahlt also die Zinsen mit liberatorischem Effekte dem Blankocedenten auch nach der Begebung des Briefes, bis ihm dieselbe gehörig mitgetheilt ist, was entweder durch den Blankocedenten oder durch den Blankocessionar unter Vorlage des Briefes geschehen kann.[7] Fortan ist der Schuldner berechtigt und verpflichtet, so lange an den Denuncianten die fälligen Zinsen zu zahlen, bis ihm eine neue Denunciation in gehöriger Weise den neuen Gläubiger präsentirt.[8] Ein etwaiger Erwerber des Briefes, welcher nicht zur Denunciation geschritten ist, ist vom Realschuldner bei der Zinsenzahlung nicht zu berücksichtigen.

§. 327. Die Zinsscheine bei Grundschulden.[1]

Dem Grundschuldbriefe sind vom Grundbuchamte auf Verlangen Zinsquittungsscheine beizugeben. Und zwar, wie das Gesetz ausspricht, auf 5 Jahre. Doch ist dies nur längste Periode; der Ausstellung von Zinsscheinen auf kürzere Zeit steht wohl nichts entgegen. Nach Ablauf der ersten Periode können neue Scheine auf eine neue 5jährige Periode begehrt werden. Der Antrag auf Ausfertigung der Zinsscheine geschieht vor Begebung des Grundschuldbriefes durch den Grundeigenthümer, nachher durch den im Besitze des Briefes befindlichen Gläubiger.[2] Auf einem jeden Grundschuldbriefe ist zu vermerken, ob und für welche Zeit Zinsscheine ertheilt sind.[3]

---

6) H. G. B. Art. 307. Der unredliche Erwerber unterliegt der Vindikation. Hat er die Blankocession ausgefüllt, so ersetzt das ihn zur Herausgabe verurtheilende Erkenntniß die Rückcession.

7) Es kommen auch hier die Bestimmungen von L. R. I, 11 §. 413 ff. zur Anwendung.

8) Berechtigt ist der Pfandschuldner, demjenigen, welchen er als seinen derzeitigen Gläubiger ansehen muß, auch erst künftig fällige Zinsen zu zahlen, in welchem Falle der nicht hiervon in Kenntniß gesetzte Nachfolger nur einen Rückgriff gegen seinen Vormann hat, also begreiflich leicht gefährdet sein kann.

1) Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 39 Abs. 2. G. B. O. §§. 95. 96. 128. Vgl. insbesondere Achilles zu §. 39. — Die Bestimmungen über die Zinsquittungsscheine sind erst in einem der letzten Stadien der Berathung des Gesetzes auf Antrag eines Nichtjuristen im Abgeordnetenhause aufgenommen worden und entbehren daher der Schärfe der juristischen Terminologie.

2) G. B. O. §. 128. Abs. 3 bestimmt: nach Verbrauch der Zinsquittungsscheine ist der Inhaber des Grundschuldbriefes berechtigt, die Ertheilung eines neuen Zinsquittungsbogens nachzusuchen. Die Innehabung genügt beim Blankogrundschuldbriefe. Ob auch bei einem Grundschuldbriefe auf Namen? Es ist dies nicht anzunehmen, da ein solcher Brief eben kein Papier au porteur sein soll, aus welchem der Innehaber als solcher Rechte herleiten kann.

3) Formular D und G zur Grundbuchordnung.

Digitized by Google

Der Zinsquittungsschein lautet nach dem Formular zur Grundbuchordnung: Die am ... fälligen Zinsen von der in dem Grundbuche ... eingetragenen Grundschuld sind bezahlt. Aus dieser Fassung sollte man schließen, daß die Zinsscheine bloß Beweisurkunden bildeten, welche dem Pfandschuldner ermöglichten, den Präsentanten gegen Aushändigung derselben ohne Legitimationsprüfung zu zahlen. Das Gesetz geht aber weiter durch die Vorschrift, daß nur der Inhaber des fälligen Scheins gegen Aushändigung desselben zur Empfangnahme der Zinsen berechtigt sei. Es knüpft also nicht bloß die Legitimation zur Zahlungsannahme, sondern die Berechtigung selbst an den Besitz des Zinsquittungsscheins. Dies ohne Rücksicht darauf, ob der Inhaber der Grundschuldgläubiger ist. Hiernach hat unser Grundschuldrecht eine neue Art von Papieren auf den Inhaber geschaffen.[4]

Der Besitz des Zinsquittungsscheins begründet daher ein Klagrecht gegen den Realschuldner. Für die Geltendmachung der Klage steht der Mandatsprozeß offen, da sie sich auf eine öffentliche Urkunde gründet.[5]

Mit der Vernichtung des Zinsscheins erlischt der in ihm bekundete Anspruch. Es folgt dies aus der Natur der Urkunde als Inhaberpapier. Ein Amortisationsverfahren findet wegen verlorener Zinsscheine so wenig statt, wie wegen verlorener Zinskoupons von Staatspapieren.[6]

Durch die Verknüpfung mit dem Zinsschein erhält der Zinsenanspruch Unabhängigkeit von dem Stehenbleiben des Grundschuldkapitals. Der Realschuldner hat daher sämmtliche Zinsscheine auszulösen, auch wenn sie erst nach Löschung der Grundschuld fällig würden. Gleichwohl verliert der Anspruch nicht völlig den Charakter eines Zinses. Er unterliegt namentlich der kurzen vierjährigen Verjährung der Zinsen.[7] Ferner laufen, wie von anderen rückständigen Zinsforderungen, Zinsen nicht vom Verzuge des Schuldners, sondern erst von der Rechtskraft eines verurtheilenden Erkenntnisses an.[8 9]

---

4) Achilles a. a. O. zu §. 39.

5) So auch Achilles zu §. 39 Anm. 67 b. Bahlmann n. 162 g.

6) G. B. O. §. 96 in fine. Es frägt sich, ob der Grundschuldgläubiger, welcher behauptet, daß ein Zinsschein verloren sei, die Befugniß hat, auf Deposition der Zinssumme gegenüber dem Grundstückseigenthümer zu klagen? Hierfür Bahlmann zu §. 96 der G. B. O. und die dort angeführte Aeußerung von Lasker bei Gelegenheit der Berathung des Gesetzes. Es ist aber nicht zulässig, den Anspruch, der nach dem Gesetz an den Zinsschein geknüpft ist — Gesetz über den E. E. §. 39 — auch gelegentlich ohne Schein anzuerkennen. Siehe Achilles zu §. 39 Anm. 67.

7) G. B. O. §. 96 Abs. 3.

8) L. R. I, 11 §§. 818. 821.

9) Vgl. unten Bd. 2 §. 34 unter 3. Zinsscheine sind in dem Sinne Zubehör der Grundschuld, daß der Erwerber eines Grundschuldbriefes im Zweifel ein Recht auf Auslieferung der Scheine über die künftig fälligen Zinsraten hat.

Digitized by Google

Welche Einreden sind gegen Zinsscheine zulässig? Dem Inhaber können natürlich solche Einreden entgegengestellt werden, welche dem Realschuldner aus dessen Person erwachsen sind, ferner diejenigen, welche sich aus offensichtlichen Mängeln des Zinsscheins selbst ergaben, oder dem Erwerber des Zinsscheines beim Erwerb bekannt waren. Dagegen unterliegt der Inhaber des Zinsscheines anderen Einreden aus der Person seiner Vorgänger nicht.[10]

Die Inhaberqualität der Zinsscheine machte besondere Vorschriften für die Löschung der mit solchen Scheinen versehenen Grundschulden nöthig.[11] Sie kann nicht geschehen, ehe sämmtliche vom Grundbuchamte ausgefertigte Zinsscheine eingereicht werden, mit Ausnahme der länger als vier Jahre fälligen, welche als verjährt gelten. Die Einreichung fehlender Zinsscheine kann durch Deposition ihres Betrags ersetzt werden. Dieselbe liegt zunächst dem Grundstückseigenthümer ob. Hat ihm aber der Gläubiger die künftig fälligen Zinsscheine bei der Zahlung nicht ausgeliefert, so kann er von diesem Deposition des entsprechenden Betrags fordern und im Nichtleistungsfalle die Zahlung des Schuldkapitals um diesen Betrag kürzen.[12 13] Sechs Monate nach Ablauf der Verjährungsfrist für jede einzelne Zinsrate ist der Hinterleger berechtigt, die Rückgabe der entsprechenden Summe zu verlangen.

IV. Gegenstand. Inhalt des Rechts.

§. 328. Gegenstand.

Gegenstand der Hypothek oder Grundschuld können sein Grundstücke, eingetragene Gerechtigkeiten, ideelle Theile derselben, Revenüen von Grundstücken.

---

10) Nicht anwendbar ist also die Bestimmung des E. G. §. 39 Abs. 1: „gegen die dingliche Klage auf Rückstände von Zinsen ist die Einrede der Tilgung unbedingt zulässig.“ Dies trotzdem, daß die Bestimmung über die Zinsscheine sich unmittelbar anlehnt, ohne daß eine Ausnahme für sie gemacht wird. Die Beschränkung folgt aus der Inhaberqualität der Zinsscheine. Dem Erwerber eines Zinsscheins kann es z. B. sicher nichts schaden, wenn der Cedent einer Kompensationseinrede bei Geltendmachung des Zinsanspruchs hätte unterliegen müssen.

11) Eine Folge der Ausgabe von Zinsquittungsscheinen ist, daß bei der Subhastation leicht sämmtliche ältere — nicht verjährte — Zinsquittungsscheine liquidirt werden, wenn sie auch bezahlt waren. Denn der Besitzer, der sie bezahlt hat, wird sie wieder in Kurs setzen zum Nachtheil der postlocirten Gläubiger.

12) G. B. O. §§. 95. 96.

13) Der Gläubiger, welcher sich wegen des Fehlens von Zinsscheinen über künftig fällige Beträge einen Abzug von der ihm geschuldeten Kapitalsumme bei der Rückzahlung gefallen lassen mußte, kann nachträgliche Zahlung fordern, wenn jene Zinsbeträge nicht innerhalb der Verjährungszeit geltend gemacht wurden, so daß der Grundeigenthümer den von ihm vor der Löschung bei Gericht hinterlegten Betrag zurücknehmen konnte. Denn es hat sich hinterher ergeben, daß jener Kapitalabzug ohne materiellen Grund war und den Realschuldner ungehörigerweise bereicherte. Der Anspruch ist an und für sich durch den Abzug begründet, der Grundeigenthümer hat nachzuweisen, daß er die deponirte Summe zur Zahlung von Zinsscheinen verwendete, um der Klage zu begegnen.

Digitized by Google

1. Das Grundstück wird verpfändet in seinem Flächenumfang zur Zeit der Verhypothecirung. Derselbe ist in der Regel unschwer festzustellen, wenn bereits in diesem Zeitpunkt auf dem Titel des Blattes des Grundstücks die Bestandtheile desselben nach dem Kataster speciell aufgeführt sind. Die hier angegebenen Flächen gelten dann — Irrthümer vorbehältlich — als Pfandobjekt, ohne daß zwischen Substanz des Grundstücks und hinzugetretenen unbeweglichen Pertinenzen ein Unterschied gemacht wird. Fehlt es noch an solcher Specialisirung, so gelten nicht bloß diejenigen Grundstücksbestandtheile als verpfändet, welche dem Verpfänder im Augenblick der Verpfändung zu eigen waren, vielmehr wird von der Jurisprudenz als mitverhaftet angesehen, was bei der ersten Anlegung des Grundbuchblattes Bestandtheil des Grundstücks war, wenn es nicht zur Zeit der Eintragung der versicherten Forderung abgeschrieben war, oder wenn der Erwerber der Hypothek oder Grundschuld nicht nachweisbar dessen Abtrennung, z. B. durch Veräußerung oder Ersitzung zur Zeit seines Erwerbs, gekannt hatte. Es gründet sich dies auf die Anschauung, daß das Grundbuchblatt das Grundstück in dem Stande bezeichnet, in welchem sich dasselbe bei der ersten Anlegung des Blattes befand, und zwar so lange, bis eine Aenderung nachgetragen ist. Jede andere Behandlung hätte dem Realkredit die sichere Grundlage entzogen.[1] Anders verhält es sich mit sogenannten unbeweglichen Pertinenzen, d. h. dem verpfändeten Gute nachweisbar erst im Laufe der Zeit zugefügten Grundstücken. Sie gelten nur als verpfändet, wenn sie zur Zeit der Verpfändung zum Grundstück gehörten,[2] und außerdem dann, wenn sie dem Grundstück zur Zeit der Pfandbestellung zugeschrieben waren, auch wenn sie bereits, ohne daß eine Abschreibung erfolgt war, thatsächlich getrennt sein sollten.[3]

---

1) Präjudiz des O. T. 2616, Entsch. Bd. 30 S. 1. Striethorst Archiv Bd. 9 S. 51. Bd. 11 S. 352. Bd. 16 S. 306.

2) Entsch. des O. Trib. Bd. 5 S. 2 ff. Wie aber sind unbewegliche Pertinenzen praktisch von Bestandtheilen zu unterscheiden? Die Frage ist eine historische. Im Zweifel wird man die Substanzeigenschaft dessen zu vermuthen haben, was jetzt oder früher bis hinauf in die erste Anlegungszeit des Grundbuchblattes mit dem Gute faktisch besessen wurde, ohne ein eignes Folium zu haben. — Gegen die verschiedene Behandlung von Pertinenzen und Substanztheilen spricht sich aus Kretschmann bei Gruchot Bd. 4 S. 1 ff.

3) Anscheinend ist das bisherige System über Bord geworfen durch §. 30 des Gesetzes über den E. E. Denn hiernach sollen dem Gläubiger nur verpfändet sein „die zugeschriebenen unbeweglichen Zubehörstücke (Pertinenzien) und Gerechtigkeiten." Motive sind, „daß sich der Unterschied zwischen Substanztheilen und Pertinenzien bei dem Vorhandensein eines Grundbuches, welches die Pertinenzien so gut nachweisen soll, wie die Bestandtheile, nicht aufrecht erhalten lasse, und daß Alles haften soll, was im Buche zur Zeit der Eintragung der Hypothek als Zubehör des Grundstücks vermerkt ist." Dies ist schön und richtig, im Falle das Grundstück bereits durch Beziehung auf den Kataster festgestellt ist. Wie aber dann, wenn dies noch nicht

Digitized by Google

Grundstücke, welche dem verpfändeten Gute erst *nach dessen Verpfändung* zugeschrieben wurden, traten nach dem bisherigen Rechte nicht in die Pfandverhaftung ein, da eine solche Vereinigung für die Zukunft gelten und bestehende Rechte nicht beeinflussen soll.[4] Dagegen bestimmt das jetzige Grundbuchrecht, daß die nach seinem Inkrafttreten durch Zuschreibung mit einem verpfändeten Grundstücke vereinigten Grundstücke in dessen Pfandverbindlichkeiten eintreten sollen.[5] Dies ist veranlaßt durch praktische Erwägungen, nämlich die Rücksicht möglichster Vereinfachung der Kaufgeldervertheilung im Subhastationsverfahren. Die Vorschrift bezieht sich nur auf den Fall der Vereinigung eines Grundstücks mit einem andern zu einer Einheit und tritt nicht ein, wenn mehrere Grundstücke unter Bewahrung ihrer rechtlichen Selbständigkeit aus Zweckmäßigkeitsgründen auf einem Blatte des Grundbuches zusammen geschrieben wurden.[6]

2. Auch der ideelle Theil eines Grundstücks oder einer Gerechtigkeit kann besonderer Gegenstand einer Hypothek oder einer Grundschuld werden.[7]

Im Sinne der Specialität läge es, daß ihrem Umfang nach noch unbestimmte, erst künftig zu ermittelnde Quoten noch nicht besonders verhypothecirbar wären. Allein das Gesetz fordert eine der Belastung vorgehende Specialisirung der Quoten nicht besonders und auch die Praxis verlangt sie nicht.[8] Wichtig ist dies namentlich in Fällen, in welchen die Theilhaberschaft sich auf ein das Grundstück mitumfassendes Vermögen bezieht,

---

geschehen ist, das Grundstück vielmehr noch mit einem allgemeinen Namen bezeichnet im Hypothekenbuche steht? Sollen hier seit Alters her zugehörige, faktisch im Moment der Verpfändung, ja im Moment der Subhastation verbundene Pertinenzstücke, die aber nicht zugeschrieben sind, nicht verpfändet sein? Man wird die Bestimmung in diesem Falle nicht anwenden dürfen.

4) L. R. I, 20 §. 454 faßte dies so: „unbewegliche Pertinenzstücke, welche nach der Eintragung aus *fremdem Eigenthum* dem Hauptgute beigefügt wurden, haften dem Gläubiger nicht." Diese wenig geschickte Fassung veranlaßte die Kontroverse, ob Grundstücke, welche der Verpfänder nach der Eintragung aus *seinem* Eigenthum zuschlug, mitverpfändet seien, was jedoch das Obertribunal verneinte, Entsch. Bd. 45 S. 166. Den Gegensatz sollten natürliche Erweiterungen, z. B. Anlandungen, bilden.

5) Gesetz über den E. E. §. 32. Vgl. oben §. 192 a. E.

6) Vgl. noch oben §. 195 Anm. 4.

7) Gesetz über den E. E. §§. 21. 43. Vgl. L. R. I, 17 §§. 4. 60 ff. 69 ff. — Nach Mecklenb. Hypothekenrecht ist die Verhypothecirung ideeller Theile unzulässig, Meibom a. a. O. S. 113.

8) Achilles zu §. 21 des Gesetzes über den E. E. (vgl. erste Auflage dieses Buchs S. 729) sprach sich für die Nothwendigkeit vorgängiger Specialisirung der Quoten aus, die entgegengesetzte Ansicht ist aber die herrschende geblieben, insbesondre bestimmt zu derselben, daß sonst die Antheilsrechte der Erben der Eintragung der Judikatsgläubiger entzogen wären. Vgl. Entsch. des O. T. Bd. 80 S. 76. Turnau G. B. O. Bd. 1 S. 287. Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. Bd. 1 S. 333.

Digitized by Google

wie sich dies bei der Gemeinschaft der Miterben findet.[9] Erst die Auseinandersetzung bestimmt dann das Pfandobjekt; das Pfandrecht wird gegenstandslos, wenn dieselbe ergiebt, daß auf den Verpfänder in Folge von Gegenansprüchen nichts entfällt; je nachdem sie dem Verpfänder mehr oder minder zuweist, wächst oder mindert sich der Umfang des Pfandrechts.

8. Eine besondere Art von Hypotheken und Grundschulden bilden die der Revenüen, durch welche nicht die Substanz, sondern nur die Nutzungen eines Grundstücks haftbar werden. Diese Gestalt nimmt das Pfandrecht am Grundstück dann nothwendigerweise an, wenn der Grundeigenthümer nicht befugt ist, dessen Substanz zu verpfänden, z. B. bei der Verpfändung von Lehen und Fideikommißgütern.[10] Aber auch ein Eigenthümer, welcher derartigen Beschränkungen nicht unterliegt, kann richtiger Ansicht nach die Revenüen ausschließlich der Substanz verhypotheciren.[11] Das Landrecht unterstellte ein solches Geschäft, falls durch den Pfandkontrakt ausbedungen war, daß dem Gläubiger das Recht zur Veräußerung der Pfandsache nicht zustehen solle.[12] Dies ist weggefallen, das jetzige Grundbuchrecht erklärt vielmehr Verträge für nichtig, welche dem hypothekarischen und Grundschuldgläubiger die Pfandveräußerung entziehen sollen.[13 14]

Wie nach römischem Rechte, so haftet auch bei uns das Pfandobjekt mit allen seinen Bestandtheilen für jeden Theil der Forderung des Gläubigers bis zu dessen vollständiger Befriedigung — sogenannte Untheilbarkeit des Pfandrechts.

§. 329. Zubehör der Verpfändung.

Die Hypothek und die Grundschuld ergreift außer dem Grundstück einen größeren Kreis von Objekten und Ansprüchen, welche nach der Anschauung

---

9) Präjudiz des Obertribunals n. 1084. Entscheidung des O. Trib. Bd. 7 S. 270.

10) L. R. I, 18 §. 228. II, 4 §. 80 ff.

11) Die Vertheilung zwischen Revenüen- und späteren Substanzgläubigern regelt Präj. des Obertribunals 11[2] und Entsch. Bd. 11 S. 316, danach Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §. 58.

12) L. R. I, 20 §§. 26. 27. 225.

13) Gesetz über den E. E. §. 45.

14) Die Motive des Regierungsentwurfs ziehen aus dem Satze, daß der Vertrag nichtig ist, welcher dem Realgläubiger das Recht der Veräußerung des Pfandgrundstücks zum Zwecke seiner Befriedigung entzieht, die Folgerung, daß fortan die Bewilligung einer Hypothek auf die Revenüen in Folge Vertrags unzulässig geworden sei. Der Schluß ist gewagt und unbegründet. Es handelt sich bei jenem Vertrag um eine Beschränkung des Pfandgläubigers, dem die Substanz verpfändet ist, Verträge über Verpfändung von Revenüen haben ein andres Objekt. Gleicher Ansicht Küntzel bei Johow Bd. 5 S. 269, vgl. aber Turnau G. B. O. Bd. 2 S. 344.

Digitized by Google

des Verkehrs mit dem Immobile einen besonderen Vermögenskomplex bilden.[1] Bei Gerechtigkeiten ist dies analog anzunehmen.

1) Zum Grundstück gehören vor Allem natürliche An- und Zuwüchse,[2] welche dasselbe vor oder nach Eintragung des Pfandrechts vergrößern und verbessern. Daher sind unter Anderem mit verhaftet Anlandungen, bei denen man aber kaum unterscheiden wird, ob sie in Folge künstlicher Veranstaltungen oder ohne solche durch Naturereignisse zu dem Grundstück hinzutraten. Ferner sind mit verpfändet Gewächse, insbesondere Bäume, wenn sie zufälligerweise auf dem Pfandgrundstücke erwuchsen, Anpflanzungen durch Menschenhand fallen an sich nicht unter die natürlichen Zuwüchse. Doch werden wir auch sie — nach Analogie der Gebäude — dann als mitverpfändet ansehen, wenn sie dem Grundeigenthümer zufallen, während andere, z. B. die von einem Pächter gepflanzten und ihm zugehörigen Gewächse dem Pfandgläubiger des Grundstückes nicht verpfändet sind.

2) Des Weiteren erstreckt sich das Pfandrecht auf die Gebäude des Grundstücks, mögen sie nun bereits im Augenblick der Verpfändung bestanden haben oder erst nachträglich errichtet sein. Jedoch gilt dies nur für Gebäude, welche dem Grundeigenthümer gehören, entweder zur Zeit der Verpfändung, oder doch der Einleitung der Subhastation in das Grundstück.[3] Nicht verpfändet sind daher z. B. die in Folge einer Pacht oder eines superficiarischen Rechts durch einen Dritten errichteten Gebäude,[4] die von diesem also weggenommen werden können. Zweifel erheben sich, falls der Käufer, welchem das Grundstück zwar tradirt, nicht aber aufgelassen wurde, ein Gebäude auf demselben errichtet hat. Da der Käufer nach dem jetzigen Rechte durch die Tradition zwar Besitzer, aber vor der Auflassung nicht Eigenthümer wird, so tritt das Gebäude nicht in die Pfandverhaftung.[5]

---

1) Gesetz über den E. E. §§. 30. 31. Meyländer Recht der Hypothekengläubiger nach §§. 30 und 31 bei Gruchot Bd. 19 S. 668 ff.

2) Durch L. R. I, 20 §. 470 wurden dem Hypothekenrechte unterworfen An- und Zuwüchse, sie mögen durch Natur oder die Handlung eines Menschen entstehen. Vgl. L. R. I, 9 §. 222. Das neue Gesetz spricht nur von „natürlichen Anwüchsen." Es ist dies, wie der Text ergiebt, zu eng. Ein materieller Unterschied vom früheren Rechte war in dieser Hinsicht gewiß nicht beabsichtigt.

3) Gesetz über den E. E. §. 30 Abs. 3. Die Bestimmungen des L. R. I, 20 §. 472 ff., nach welchen der Boden ohne das Gebäude verpfändet werden konnte, sind nicht praktisch.

4) Nach römischem Rechte fiel das Gebäude, welches auf dem Pfandgrundstücke errichtet war, nach Rechtsnothwendigkeit in den Pfandnexus, ohne daß zu unterscheiden war, wer der Erbauer war.

5) Der solcher Gestalt superficiarisch Berechtigte — Pächter, Miether, dritter Besitzer — hat das Recht der Wegnahme auch gegenüber dem Ersteher in der Subhastation. Dies zweifelsohne, wenn er im Augenblicke der Adjudikation noch im Besitz war. Ist dies nicht der Fall, war z. B. die Pacht früher geendigt, so kann

Digitized by Google

3) Die Verpfändung ergreift der Natur der Sache nach auch die an das Grundstück geknüpften s. g. subjektiv dinglichen Rechte nach ihrem Bestand zur Zeit des Erwerbs des Pfandrechts.[6]

Ob und inwieweit derartige Rechte nach der Verpfändung auch ohne Zustimmung des Pfandgläubigers bis zur Beschlagnahme verändert, umgestaltet oder aufgehoben werden können, läßt sich nicht allgemein bestimmen. Für die Regel wird man dies für zulässig erachten müssen; so namentlich bei Grundgerechtigkeiten, wie auch aus dem Nachbarrecht folgenden Anrechten.[7] Bei manchen Reallasten ist die Befugniß der Realgläubiger eine festere, sie sind namentlich bei der Ablösung zuzuziehen und ihre Interessen werden von den Behörden bezüglich der Abfindungen gewahrt.

4) Auch das bewegliche Zubehör des Grundstücks ist mit demselben verpfändet, soweit es dem Grundeigenthümer gehört. Dasselbe wird hierbei als Sachgesammtheit behandelt. Neu vom Grundeigenthümer, sei dies nun der Verpfänder selbst oder ein Singularsuccessor desselben, Angeschafftes fällt daher in die Pfandhaftung. Was die Eigenschaft als Zubehör verliert, hört damit auf, verpfändet zu sein. Es gilt dies namentlich für an Dritte veräußerte Zubehörstücke.[8] Indessen ist zur Abschneidung von Simulationen und zu mehrerer Sicherung des Gläubigers für das Austreten aus dem Pfandrecht erfordert, daß das abveräußerte Zubehör auch räumlich vom Grundstück vor der Beschlagnahme getrennt wurde.[9] Symbolische Uebergabe von Zubehörstücken, welche auf dem Grundstück verbleiben, ist daher dem Pfandgläubiger unschädlich.

Nachdem die Beschlagnahme des Grundstücks erfolgt, insbesondere dessen nothwendige Subhastation eingeleitet ist, hebt eine spätere Veräußerung oder Wegbringung beweglicher Zubehörstücke das an ihnen haftende Pfandrecht in der Regel nicht mehr auf.[10]

---

er gegen den Adjudikatar auf Wegnahme klagen. Dieser wird aber, wenn er von dem Rechte auf Wegnahme nichts wußte, als redlicher Besitzer zu behandeln sein.

6) In diesem Sinne hat das O. Trib. im Plenarbeschluß vom 29. April 1839, Entsch. Bd. 5 S. 1 ff., die einem Gute zugehörigen bäuerlichen Abgaben den unbeweglichen „Pertinenzen" gleichgestellt und nicht als „Substanz" erachtet, vgl. hierüber oben §. 328 Anm. 2. — Darauf kann es nicht ankommen, ob die bezüglichen Rechte, wie §. 30 des E. G. besagt, „zugeschrieben" sind, da sie nothwendigerweise der Hauptsache auch ohne Zuschreibung folgen.

7) Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 190.

8) Vgl. L. R. I, 20 §. 445.

9) Dies hatte zuerst der Plenarbeschluß des O. Trib. vom 10. Juli 1837, Präj. 284, Entsch. Bd. 2 S. 383 festgestellt, im Anschluß an die Worte von L. R. I, 20 §. 445, wonach bewegliche Pertinenzstücke durch „Trennung" von der Hauptsache die Pertinenzqualität verlieren sollen.

10) Subhastationsordnung vom 15. März 1869 §. 9. Anders das frühere Präjudiz des O. T. 2221. Vgl. jetzt Striethorst Bd. 97 S. 172. Entsch. Bd. 80

Digitized by Google

5) Die Früchte des verpfändeten Grundstücks werden von dessen Pfandbelastung ergriffen, falls sie dem Eigenthümer gehören und zur Zeit der Beschlagnahme ungetrennt auf dem Grundstück stehen oder unveräußert auf demselben lagern.[11]

Auch das römische Recht kennt die Mitverpfändung der Früchte. — Allein diese beruht auf anderen Gesichtspunkten und hat daher auch verschiedene Wirkungen. Die Mitverpfändung der Früchte nach römischem Rechte stützte sich auf die Annahme eines stillschweigenden Vertrags des Grundeigenthümers.[12] Nach preußischem Rechte beruht sie auf dem Gesetze, welches von der Auffassung ausgeht, daß die stehenden und die auf dem Grundstück befindlichen unveräußerten Früchte der Immobiliarmasse vorzugsweise zugehören.[13] Das römische Recht forderte, damit sich die Verpfändung realisire, folgerichtig, daß der Pfandbesteller selbst oder seine Erben das Eigenthum der Früchte erhielt, bei uns ergreift das Pfandrecht auch die von einem Singularsuccessor des Verpfänders gewonnenen Früchte. Nach römischem Rechte trat die Verpfändung der Frucht schlechthin mit ihrer besonderen Existenz ein und dauerte selbst in dritter Hand bis zu ihrer Konsumtion. Bei uns bedarf es der Beschlagnahme, damit sich die Verpfändung der Frucht verwirkliche.[14] Die Beschlagnahme ist bald Folge der Zwangsvollstreckung in das Grundstück, bald geschieht sie auch, ohne daß die sofortige Vollstreckung in das Grundstück selbst eingeleitet wird, durch Revenüenbeschlagnahme. Sie ist namentlich zulässig wegen ausbleibender Zinsenzahlung.[15]

Der Nutzungsberechtigte, welcher die Priorität vor dem Pfandgläubiger hat, kann durch seine Intervention Aufhebung der Exekution in die seinem Nutzungsrecht unterliegenden Früchte erwirken.[16]

S. 46. Eine etwa eingeleitete Mobiliarexekution würde ihre Kraft durch die Beschlagnahme des Grundstücks verlieren, wenn die gepfändeten Mobilien noch nicht veräußert und fortgebracht sind. Nach R. C. P O. §. 757 gilt dies auch künftig.

11) Johow von den Rechten des Pfandgläubigers an den Früchten der verpfändeten Sache in Behrend's Zeitschrift Bd. 5 S. 313 ff. Francke Archiv für c. Pr. Bd. 30 n. 6. Janke Fruchtrecht 1862 S. 193. Göppert organische Erzeugnisse 1869 S. 371 ff.

12) l. 3. C. ex q. c. h. t. c. 8, 15. Dernburg Pfandrecht I S. 440.

13) Dies also auch dann, wenn sie nicht Pertinenzen nach L. R. I, 2 §. 49 sind.

14) So ist Gesetz über den E. E. §. 30 zu verstehen: „die stehenden und hängenden, die auf dem Grundstück noch vorhandenen abgesonderten, dem Eigenthümer gehörenden Früchte."

15) Janke Fruchtrecht S. 305 ff.

16) Ist bei einem Bergwerk die Förderung, also das bereits gewonnene Mineral, wie die Frucht, so lange es noch unveräußert auf dem Bergwerk lagert, dem Pfandrecht am Bergwerk unterworfen? Die Frage hat das O. A. G. zu Berlin für Nassau verneint bei Seuffert Archiv Bd. 27 n. 211. Jene Förderung ist nicht Substanztheil, denn die Substanz des Bergwerks ist das Gewinnungsrecht, sie ist auch nicht Frucht im eigentlichen Sinne. Namentlich verwirft das Gesetz diese Eigenschaft

Digitized by Google

6) Im Fall einer Verpachtung des Pfandgrundstücks kann der Pfandgläubiger statt der Früchte nur deren Surrogat, die Pachtzinsen, in Anspruch nehmen, desgleichen hat er das Recht auf die Miethzinsen im Falle der Vermiethung.[17] Spricht sich gleich das Gesetz nicht hierüber besonders aus, so ist doch nicht zu bezweifeln, daß auch dies Recht erst durch Beschlagnahme in Folge einer Zwangsvollstreckung oder Arrestes perfekt wird. Die Beschlagnahme betrifft rückständige, desgleichen die künftig fälligen Mieth- und Pachtzinsen. Jeder Pfandgläubiger kann eine solche Beschlagnahme im Wege der Arrestklage oder der Exekution beantragen; zur Einklagung der Zinsen für eigene Rechnung bedarf es aber einer Ueberweisung. Bis zur Beschlagnahme kann der Miether und Pächter Mieth- und Pachtzinsen dem Grundeigenthümer oder einem Cessionar desselben mit der Wirkung vollständiger Befreiung von der Verpflichtung zahlen. Jedoch erklärt das Gesetz[18] die Vorauserhebung künftiger Mieth- und Pachtzinsen durch den Verpächter, wie auch deren Abtretung und Verpfändung an Dritte auf mehr als ein Vierteljahr für kraftlos, soweit diese Akte zum Nachtheil der Pfandgläubiger gereichen. Es gilt dies auch zu Gunsten solcher Gläubiger, welche erst nach der Verpachtung des Grundstücks in das Grundbuch eingetragen wurden.

7) Vor dem Erlaß der neuen Gesetze über das Grundbuchrecht nahm die preußische Jurisprudenz an, daß die Hypothekengläubiger an sich nicht auf die Versicherungsgelder Ansprüche hätten, welche dem Grundeigenthümer vermöge eines von ihm abgeschlossenen Assekuranzvertrages zufielen. Man sah in solcher Forderung kein Zubehör des Grundstückes, sondern einen dem Versicherer für seine Person erworbenen Kontraktsanspruch.[19] Nunmehr aber bestimmt das Gesetz ausdrücklich, daß sich das Pfandrecht an einem Grundstücke auch erstrecke auf die dem Eigenthümer zufallenden Versicherungsgelder für Früchte, bewegliches Zubehör und abgebrannte oder durch Brand beschädigte Gebäude, wenn diese Gelder nicht statutenmäßig zur Wiederherstellung der Gebäude verwendet werden müssen oder verwendet worden sind.[20] Fraglich ist, wann diese Verpfändung der Versicherungsgelder in Wirksamkeit tritt, ob mit dem Abschluß des Versicherungsgeschäfts, vorausgesetzt, daß das

---

bei verliehenen Bergwerken bezüglich des Nießbrauchs. Aber die Analogie der Frucht spricht für die Mitverhaftung der unveräußert auf dem Bergwerk liegenden Ausbeute, da sie, wie jene, faktisch dem Pfandobjekt zugehört.

17) Gesetz über den E. E. §. 30. Aehnlich L. R. I, 20 §. 476. Die Auffassung der Pacht- und Miethzinsen als Früchte des Grundstücks ist antirömisch.

18) Gesetz über den E. E. §. 31 nach L. R. I, 20 §. 477 ff.

19) Die bisherige Praxis war namentlich durch den Plenarbeschluß des O. T., Entsch. Bd. 27 S. 1 ff. Präj. 2490, geregelt worden. — Gemeinrechtlich streitet man; siehe Dernburg Pfandrecht II S. 565 ff. Windscheid Pand. I §. 248 Anm. 9.

20) Gesetz über den E. E. §. 30 letzter Absatz.

Digitized by Google

Pfandrecht am Grundstück bereits besteht, oder mit der richterlichen Beschlagnahme. Das erstere entspricht dem Wortlaute des Gesetzes, das letztere aber ist allein praktisch und als die Absicht des Gesetzes zu unterstellen. Nach der ersteren Ansicht wäre dem Versicherer die Möglichkeit entzogen, dem Versicherten oder dessen Bevollmächtigten die Versicherungsgelder auszuzahlen, bevor die Einwilligung sämmtlicher, vielleicht ihrer Person nach unbekannter Realgläubiger, erfolgt ist. Es müßten also die Gelder inzwischen zum gerichtlichen Depositum genommen werden. Hieraus würden namentlich bei geringeren Brandschäden unverhältnißmäßige Weitläufigkeiten entstehen, welche das Gesetz nicht gewollt haben kann. Daß der Versicherer von Früchten und beweglichen Pertinenzen die Versicherungssumme ohne Zustimmung der Gläubiger an den Versicherten zahlen könne, ist zudem nur folgerichtig, da der Versicherte auch über diese Objekte selbst bis zu deren Beschlagnahme ungehindert verfügen konnte.

Der Pfandgläubiger hat daher erst dann Anspruch auf die Versicherungsgelder, wenn er dies Recht durch Beschlagnahme gewahrt hat. Bis dahin ist der Versicherer berechtigt und verpflichtet, die Versicherungssumme kontraktgemäß dem Versicherten auszuzahlen.[21] [22] Die Abtretung und Verpfändung der Versicherungsgelder ist dagegen schlechthin ohne die Einwilligung der eingetragenen Gläubiger unwirksam, so daß sich auch der Versicherer auf diese Rechtsunwirksamkeit berufen kann.[23] Vollständiger als durch das Gesetz ist der Hypothekar dann gesichert, wenn er selbst sein Interesse an der Unversehrtheit der Pfandsache versichert oder dem Versicherungsvertrage beitritt. Auch die Aushändigung und besondere Mitverpfändung der Police des Grundeigenthümers giebt dem Pfandgläubiger eine weiter gehende Garantie.

§. 330. Gesammthypotheken und Gesammtgrundschulden.

Sollen mehrere Grundstücke mit derselben Hypothek oder Grundschuld belastet werden, so stehen hierzu zwei Wege offen. Der Grundeigenthümer kann das eine Grundstück dem Anderen als Zubehör zuschreiben lassen, Beide hierdurch zu einer Einheit verbinden und sie als solche verpfänden. Es ist dem Eigenthümer aber auch möglich, die mehreren Grundstücke in

---

21) So auch Achilles zu §. 30, Meyländer a. a. O. S. 681, dagegen Bahlmann Anm. 135.

22) Wie steht es mit ausländischen Versicherungsanstalten? Für die Ansprüche an diese ist unser Gesetz wirkungslos, da die Frage der Priorität im Falle einer etwaigen Beschlagnahme der Ansprüche des Versicherten durch mehrere Gläubiger desselben sich nach den dortigen Gesetzen bestimmt.

23) Der Umfang der Unwirksamkeit ist freilich bestritten, vergl. Entsch. des O. Trib. Bd. 77 S. 213.

Digitized by Google

ihrer Selbständigkeit zu belassen und sie dennoch mittels einer sogenannten Gesammthypothek oder Gesammtgrundschuld zusammen zu verpfänden.[1] Ein solches Rechtsverhältniß ist sowohl dann möglich, wenn die mehreren Grundstücke verschiedene Grundbuchblätter haben, als auch dann, wenn sie auf demselben Blatte eingetragen sind, aber hierdurch nicht zu einer Einheit verbunden wurden.

Im Falle der Begründung einer Gesammthypothek oder Gesammtgrundschuld hat der Richter die Mitverhaftung im Grundbuche und zwar bei Jedem der mitverhafteten Grundstücke zu vermerken. Ueber Jedes der mitverhafteten Grundstücke ist zwar ein besonderer Hypotheken- oder Grundschuldbrief auszufertigen, diese Briefe sind aber mit einander äußerlich durch das Grundbuchamt zu verbinden.[2]

Die Gesammthypothek und Gesammtgrundschuld kann nicht eine mehrfache dadurch werden, daß das Recht an dem einen und das an dem andern Grundstück einen verschiedenen Inhaber erhält. Insbesondere ist eine Cession an verschiedene Cessionare unzulässig, ebensowenig kann der Gläubiger an dem einen Grundstücke das Pfandrecht zurückbehalten und an dem andern einem Dritten abtreten. Jede derartige Cession wäre nichtig. Dagegen steht es dem Pfandgläubiger frei, auf das Pfandrecht an dem einen Grundstücke zu verzichten und dasselbe löschen zu lassen, während er sich das Recht an dem andern Grundstücke vorbehält.[3]

Jedes der mitverhafteten Grundstücke steht ungetheilt für die ganze Forderung ein. Daher kann der Pfandgläubiger seine Befriedigung beliebig aus dem einen oder dem anderen suchen. Er ist hierbei durch die Rücksicht auf nach- oder gleichstehende Pfandgläubiger nicht beschränkt, selbst wenn er ohne eigenen Nutzen deren Pfandrecht durch seine Wahl vereiteln sollte.[4]

Soweit aber der Gläubiger aus dem einen Grundstücke in Folge einer Zwangsvollstreckung seine Befriedigung erhalten hat, erlischt die korreale Hypothek und Grundschuld auf den mitverhafteten Grundstücken, der Subhastationsrichter hat deren Löschung von Amtswegen zu betreiben.[5 6]

---

1) Gesetz über den E. E. §. 42. Vgl. Hyp. Ordn. II §. 159 ff. L. R. I, 20 §. 468.

2) G. B. O. §§. 78. 125.

3) Anders Förster Bd. 3 §. 200 Anm. 59. Vgl. aber Turnau G. B. O. Bd. 2 S. 333.

4) l. 8 D. de d. p. 20, 5. l. 6 pr. D. de p. a. 13, 7. l. 51 §. 3 D. de fidej. 46, 1.

5) Konkursordnung §. 56 unter 2 nach der Fassung des Gesetzes vom 12. März 1869. Die korreale Hypothek erlischt ohne Unterschied, ob die Befriedigung des Gläubigers aus den Kaufgeldern des mitverhafteten Grundstücks erfolgt, oder ob der Gläubiger dessen Ersteher freiwillig als Schuldner annimmt, vgl. unten §. 350

Digitized by Google

Werden die mehreren Grundstücke gleichzeitig subhastirt, so kann der Gesammtpfandgläubiger frei darüber entscheiden, ob er seine Befriedigung aus den Kaufgeldern des einen oder des anderen Grundstücks entnehmen will. Geschieht dies nicht, so muß ihn der Subhastationsrichter verhältnißmäßig aus dem Erlöse der zusammen verhafteten Grundstücke befriedigen. Hierbei wird zuvörderst der Betrag der Masse eines jeden der mitverhafteten Grundstücke festgestellt, dann durch Abrechnung der vorgehenden Posten ermittelt, welche Summe eine jede dem Gesammtpfandgläubiger zur Verfügung stellt und nach Maßgabe der so gefundenen Beträge berechnet, wie viel verhältnißmäßig aus jeder der Massen zu seiner Befriedigung zu entnehmen ist.[7] [8]

Anm. 13; dagegen erhält sie sich, wenn dem Gläubiger ohne seinen Willen eine Rate der Kaufgelder um deswillen überwiesen wird, weil der Ersteher dieselben nicht eingezahlt hat; Näheres siehe unten §. 352 Anm. 9.

6) Vgl. John Erörterung einiger praktischen Fragen sub IX S. 38 ff.

7) Gesetzlich ist dies nicht vorgeschrieben, seit §. 56 der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 durch die Novelle vom 12. März 1869 umgeändert ist. Allgemeine Grundsätze aber führen noch immer zu diesem Verfahren. So auch Jäckel Subhastationsordnung zu §. 74. Die gemeinrechtlichen Schriftsteller haben die Frage häufig behandelt. Vgl. über die verschiedenen Ansichten: Dernburg Pfandrecht II S. 485 ff., Bangerow I §. 389 Anm. 2, Windscheid I. §. 241 Anm. 1.

8) Das Recht der freien Bestimmung des Gesammtpfandgläubigers darüber, aus welchem der Grundstücke er seine Befriedigung entnehmen wolle, kann zu Härten gegenüber den Nachpfandgläubigern führen. Man vergegenwärtige sich den einfachsten Fall. Auf zwei Grundstücken Nr. 1 und Nr. 2 ist Primus mit 5000 eingetragen, hinter ihm steht Sekundus auf Nr. 1 und Tertius auf Nr. 2, jeder mit 1000; beide Grundstücke erzielen bei der Subhastation 5000. Je nachdem sich hier Primus für seine Befriedigung aus dem einen oder dem anderen der Grundstücke erklärt, fällt Sekundus oder Tertius völlig aus. Die frühere preußische Jurisprudenz und ihr folgend der Art. 56 der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 suchte eine Ausgleichung mittels einer Vertheilung der Gesammtpfandforderung auf die mitverhafteten Grundstücke, jedoch unbeschadet des freien Bestimmungsrechts des Gesammtpfandgläubigers. Wenn dieser nämlich aus dem einen der Grundstücke, also z. B. aus Nr. 1 ausschließlich seine Befriedigung entnahm, so sollten die auf dem Grundstück Nr. 1 nach ihm eingetragenen Gläubiger in die Rechte des Gesammtpfandgläubigers an dem Grundstück Nr. 2 in soweit eintreten, als sie im Falle einer verhältnißmäßigen Befriedigung des Korrealpfandrechts aus allen sammtverhafteten Grundstücken erhalten hätten. Zu diesem Zweck sollte der Subhastationsrichter von Amtswegen einen Vermerk auf dem Grundbuchblatte der nicht in Anspruch genommenen mithaftenden Grundstücke zu Gunsten der auf dem subhastirten Grundstück ganz oder theilweise ausgefallenen Gläubiger veranlassen. Das Grundstück Nr. 2 wurde also mit folgendem Vermerk beschwert: Nebenstehende 5000 Thaler sind zwar bei dem in nothwendiger Subhastation erfolgten Verkauf des Grundstücks Nr. 1 berichtigt, es ist aber der auf jenem Grundstück nacheingetragene Gläubiger Sekundus ausgefallen und wird daher dessen Anspruch auf Befriedigung an Stelle der nebenstehenden Post hier vermerkt. So sehr diese Operation der Billigkeit entsprach, so führte sie doch praktisch zu Mißständen. Wie hoch der Anspruch der auf dem Grundstücke Nr. 1 ausgefallenen Gläubiger auf Befriedigung aus dem Grundstück Nr. 2 war, mußte zunächst unbestimmt sein, und deshalb war es auch zweifelhaft, wie viele der auf dem Grundstück Nr. 1 ausgefallenen Gläubiger noch an dem Vermerk betheiligt seien. Denn der eine Faktor zur Bestimmung der Höhe dieses Anspruchs, nämlich der Betrag, welchen das Grundstück Nr. 2 zur Befriedigung der Korrealhypothek zuzuschießen hatte, war noch nicht festgestellt. Streng genommen ließ er sich erst ermitteln, wenn das früher mit-

Digitized by Google

§. 331. Inhalt der Belastung.

1) Die Verhaftung des Pfandgrundstücks für die unter der Herrschaft des neuen Gesetzes eingetragenen Posten erstreckt sich auf das eingetragene Kapital,[1] ferner auf die eingetragenen Zinsen[2] und sonstigen Jahresleistungen, endlich auf die Kosten der Eintragung, der Kündigung, der Klage und der Beitreibung der versicherten Forderung. Die Kosten sind von selbst auch ohne besondere Eintragung versichert,[3] doch steht es den Parteien ohne Zweifel frei, diese Haftung auch auszuschließen oder zu beschränken. Die Eintragung kann nicht allein zu Gunsten unbedingt versprochener Zinsen erfolgen, sondern auch für solche, deren Verfallen von künftigen Ereignissen, z. B. von dem Verzuge des Pfandschuldners abhängig gemacht wurde.[4]

---

verhaftete Grundstück Nr. 2 späterhin auch seinerseits zur Subhastation kam. Es war nur ein Nothbehelf, daß die Praxis, im Falle jenes zweite Grundstück nicht subhastirt wurde, dessen durch Abschätzung zu ermittelnden Werth an die Stelle des Subhastationspreises setzte; dieser Abschätzungswerth ließ sich, falls die Betheiligten sich nicht selbst einigten, nur im Wege eines Prozesses feststellen. Die Gläubiger, zu deren Gunsten der Vermerk eingetragen war, konnten also ohne weit aussehende Operationen aus denselben keinen Vortheil ziehen, und ebenso konnte der Besitzer des mit solchen Vermerken belasteten Grundstücks die Höhe der auf ihm lastenden Hypotheken nicht leicht anders als im Wege einer Prozeßführung zur Klarheit bringen. Dies veranlaßte die Konkursnovelle vom 12. März 1869, die besprochene Vertheilung völlig hinsichtlich solcher Korrealhypotheken zu beseitigen, welche erst nach dem 1. Juli 1869 bestellt wurden. Daher ist die Korrealhypothek auf sämmtlichen mitverhafteten Grundstücken zu löschen, wenn der Gesammtpfandgläubiger auch nur aus dem Einen im Wege der Subhastation Befriedigung erhielt. Dagegen glaubte man diese radikale Beseitigung des bisherigen Rechtszustandes nicht auf die vor dem 1. Juli 1869 hinter einer Korrealhypothek eingetragenen hypothekarischen Gläubiger ausdehnen zu können, damit keine Verkürzung bestehender Rechte durch das neue Gesetz eintrete. Jedoch soll zur Ermittelung des Beitrags des mitverhafteten, aber nicht zur Subhastation gebrachten Grundstücks nicht mehr dessen Schätzungswerth, sondern die auf ihm lastende Grund- und Gebäudesteuer zur Basis genommen werden, womit die Liquidstellung des Vermerks wesentlich erleichtert wurde.

1) Gesetz über den E. E. §. 30 Abs. 1.

2) L. R. I, 20 §. 482 gab dem Pfandgläubiger ein hypothekarisches Recht wegen der „vorbedungenen Zinsen." Es bedurfte daher wegen der durch den Kontrakt vereinbarten Zinsen einer besondern Eintragung nicht. So Entsch. des O. Tr. Bd. 1 S. 212, Präj. 744, Striethorst Bd. 21 S. 14. Es versteht sich, daß auch nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes die früheren Eintragungen die alte Bedeutung behalten haben.

3) Das L. R. I, 20 §. 484 hatte ausdrückliche Eintragung zur Sicherung der Kosten gefordert. Da dieselbe aber natürlich nicht leicht unterblieb, so hat die Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 die Verhaftung wegen der Kosten für die Zukunft als selbstverständlich unterstellt, wenn nichts anderes verabredet war, so daß es der Eintragung wegen der Kosten der Kündigung, Beitreibung und Ausklagung nicht mehr bedürfen sollte. Zu den Kosten der Beitreibung sind auch die der Liquidation, d. h. der Betheiligung am Subhastationsverfahren zu rechnen, Entsch. des O. Trib. Bd. 74 S. 144. Jäckel Subhastationsordnung S. 153. Das Gesetz vom 5. Mai 1872 hat ohne zwingende Gründe den Kosten der Beitreibung die Kosten der Eintragung zugefügt. Die Frage, welche Kosten mit dem Kapital zu lociren sind, ist nach der Gesetzgebung zur Zeit der Eintragung zu beurtheilen.

4) Das verpfändete Grundstück haftet also wegen Verzugszinsen an sich nicht, wohl aber wenn die Haftbarkeit des Grundstücks im voraus für den Fall des Verzugs stipulirt wurde. Vgl. oben §. 313 Anm. 7.

Digitized by Google

Die Pfandhaftung für Nebenansprüche erlischt mit deren Verjährung.[5]

2) Es wirft sich die Frage auf, an welchem Orte Hypotheken und Grundschulden zu erfüllen sind? Bei Hypotheken ist, falls nichts Anderes vereinbart wurde, der Zahlungsort der persönlichen Schuld maßgebend, also der Wohnort des eingetragenen Hypothekengläubigers zur Zeit des Kontraktabschlusses.[6] Wie aber steht es mit der Grundschuld und mit den Zinsquittungsscheinen? Der Wohnort des ersten Nehmers der Grundschuld kann hier wohl nicht entscheiden, da Grundschulden auf einen raschen Umlauf berechnet sind und die individuellen Verhältnisse ehemaliger Inhaber für sie nicht bestimmend sein sollen. Der Absicht der Kontrahenten wird es der Regel nach entsprechen, den Wohnort des Eigenthümers des Grundstücks zur Zeit der Entstehung der Grundschuld als Zahlungsort anzusehen,[7] wenn nichts Anderes bei der Eintragung festgestellt wurde. Jedenfalls gilt dies für solche Grundschulden, welche auf den Namen des Grundeigenthümers lauteten und durch Blankocession in den Verkehr gesetzt wurden.

3) Nach dem jetzigen Grundbuchrechte stützt sich die Eintragung von Hypotheken und Grundschulden auf eine Eintragungsbewilligung, in welcher alle wesentlichen Punkte der Eintragung bezeichnet sind.[8] Bei derselben bezieht man sich allerdings in der Praxis meist einfach auf den zu Grunde liegenden Kontrakt; sie kann aber auch selbständig gefaßt sein und dabei von dem Hauptkontrakte abweichende Bestimmungen, z. B. über Zahlungsort, Kündigung, Zinsen treffen. Es frägt sich, ob in solchen Fällen das ursprüngliche Schuldinstrument oder die Eintragungsbewilligung maßgebend ist.

Bei Bestellung einer Grundschuld ist die Eintragungsbewilligung allein entscheidend, auf den zu Grunde liegenden Kontrakt kann man nur dann zurückgehen, wenn man nachweisen will und kann, daß die Abweichungen in der Bewilligung auf Irrthum beruhen oder sonst nicht beabsichtigt waren. Die Hypothek hingegen ist an den Schuldgrund geknüpft, der durch den Hauptkontrakt geschaffen ist. Daher kann die Bewilligung nicht auf eine höhere Summe gehen; dagegen kann sie Beschränkungen und Bedingungen

---

5) Gesetz vom 31. März 1838 wegen der kürzeren Verjährungsfristen §. 2 sub 5.

6) L. R. I, 5 §. 248.

7) Vgl. L. R. I, 5 § 247, wonach die im Vertrage fehlende Ortsbestimmung vom Richter nach der Natur des Geschäfts und der deutlich erhellenden Absicht der Kontrahenten ergänzt werden soll. Achilles zur G. B. O. §. 96 Anm. 131 erachtet als Zahlungsort den Sitz desjenigen Grundbuchamtes, in dessen Bezirk das mit der Grundschuld belastete Grundstück liegt. Allein wenn auch dort die Grundschuld entstand, so ist dies etwas vom Willen der Parteien Unabhängiges, für sie Zufälliges, ein Anhaltspunkt zur Bestimmung des Zahlungsortes liegt daher hierin nicht. — L. R. I, 11 §. 769 ff., wo von der Rückzahlung des Darlehens gehandelt wird, ist wohl nicht anzuwenden, auch nicht recht passend.

8) Gesetz über den E. E. §. 23.

Digitized by Google

aufnehmen, welche der persönlichen Schuld fremd waren. Auch Aenderungen in Bezug auf die Modalitäten der Leistung werden zulässig sein, z. B. hinsichtlich der Währung, der Schuldsumme, des Zahlungsortes, der Zinsentermine, der Rückzahlungsbedingungen. Diese Abweichungen beziehen sich nur auf die Hypothekenforderung und ändern nichts an der persönlichen Verpflichtung. Für die Eintragsbewilligung einer Hypothek kommen hiernach ähnliche Grundsätze zur Anwendung, wie sie in Rom für das Constitutum einer Schuld bestanden.[9]

4) Durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Grundeigenthümer kann die Hypothek und die Grundschuld nachträglich Veränderungen erleiden, ohne daß sich dieselben auf die persönliche Forderung erstrecken. Die Zustimmung nachstehender Gläubiger ist nur erfordert, sofern deren Ansprüche durch dieselben eine Beeinträchtigung erfahren.

Insbesondere ist die Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld zulässig. Doch ist für dieselbe die Zustimmung derjenigen in der zweiten und dritten Abtheilung gleich- oder nacheingetragenen Berechtigten nothwendig, welche vor dem Inkrafttreten der neuen Gesetze über das Grundbuchrecht eingetragen wurden, da sie möglicherweise bei dieser Umwandlung um deswillen interessirt sind, weil Grundschulden nicht in gleichem Maße anfechtbar sind, wie Hypotheken.[10] Die Umschreibung einer Grundschuld in eine Hypothek ist gleichfalls zulässig, wenn nachträglich die Urkunde über die zu Grunde liegende persönliche Schuld beigebracht wird.[11]

§. 332. Die Kautionshypothek.[1]

Kautionshypotheken, d. h. Hypotheken für Ansprüche, deren Betrag noch ungewiß oder unbekannt ist, sind den Vormerkungen verwandt, da sie, wie diese, einer späteren endgültigen Eintragung die Stelle wahren sollen.[2]

Beruhen sie auf einer Bewilligung des Eigenthümers, so ist das Maximum der Summe einzutragen, bis zu welcher das Pfandgrundstück haftet.[3]

---

9) l. 3 pr. §. 1 D. de const. pec. 13, 5. l. 1 §§. 5. 8. l. 25 D. eod. Vgl. Bruns das constitutum debiti in der Zeitschrift für Rechtsgesch. I, 2.

10) Gesetz über den E. E. §. 29. G. B. O. §. 90.

11) Eine besondre gesetzliche Bestimmung fehlt, daher Kontroverse, vgl. Turnau G. B. O. Bd. 1 S. 457.

1) Regelsberger Studien im bayerischen Hypothekenrechte I, die Sicherheitshypothek.

2) Es ist daher streitig, ob über Kautionshypotheken Hypothekenbriefe auszugeben sind. Die Praxis nimmt dies jedoch nach G. B. O. §. 122 überwiegend an, siehe Turnau G. B. O. Bd. 1 S. 382.

3) Gesetz über den E. E. §. 24 oben, §. 319 Anm. 3.

Digitized by Google

Inwiefern daſſelbe dann innerhalb dieſer Grenze wirklich in Anſpruch genommen werden kann, hängt von der künftigen Geſtaltung der verſicherten Forderung ab. — Eine Kautionshypothek iſt nicht bloß dann möglich, wenn zur Zeit der Eintragung bereits ein feſtes Rechtsverhältniß beſtand, aus welchem ſich Summenſchulden entwickeln können, z. B. eine Societät, ein eröffnetes Kontokurrent, ſondern auch dann, wenn eine künftige Schuld in Ausſicht genommen iſt, ohne daß bereits eine feſte Verbindlichkeit exiſtirt.[4]

Die bloße Eintragung der Kautionshypothek begründet, da ſie nur ein eventuelles Recht erzeugt, noch keine Klage, vielmehr bedarf es außerdem des Nachweiſes, daß die verſicherte Forderung die behauptete Höhe erreicht. Einreden gegen dieſelbe ſind unbeſchränkt zuläſſig und zwar auch gegenüber einem Ceſſionar der Kautionshypothek, welchem ſie unbekannt waren.[5]

Wird die Forderung, welche durch eine Kautionshypothek verſichert iſt, Seitens des Eigenthümers des verhafteten Grundſtücks getilgt, ſo erliſcht die Kautionshypothek. Der Eigenthümer ſuccedirt nicht, wie bei der gewöhnlichen Hypothek in die Poſt, etwa bis zu deren Maximalbetrag. Denn die Kautionshypothek wird inhaltsleer, wenn keine Rückſtände exiſtiren.[6]

Unter welchen Vorausſetzungen kann die Kautionshypothek in eine gewöhnliche Hypothek verwandelt werden? Es iſt hierzu gefordert ein Anerkenntniß des eingetragenen Eigenthümers oder ein rechtskräftiges Erkenntniß gegen denſelben, durch welches die Exiſtenz und Höhe des Anſpruchs feſtgeſtellt wird, welcher unter die Kaution fällt. Auf Grund dieſer Urkunden genügt der Antrag des Kautionshypothekars. Die poſtlocirten Gläubiger haben bei der Umſchreibung nicht mitzuwirken. Ihnen bleibt nur das Recht der Anfechtung dieſer, wie anderer Hypotheken, wenn ſie durch die Eintragung ohne Rechtsgrund verkürzt ſind. Sie mußten von vornherein wiſſen, daß ſich die

---

4) Die dunkeln Worte von L. R. I, 20 §. 14 haben Koch zu der Anſicht beſtimmt, daß eine Hypothekbeſtellung zur Sicherung von Anſprüchen aus „künftigen Geſchäften“ ohne nähere Bezeichnung keine Wirkung habe. Es iſt dies unſerer Anſicht nach grundlos, da es den Anforderungen, welche das Hypothekenrecht zu ſtellen hat, genügt, wenn ein Maximalbetrag ausgeworfen iſt. Vgl. l. 4 D. quae res pignori 20, 3. Gruchot Bd. 5 S. 465, Johow Jahrb. Bd. 6 S. 162.

5) Allerdings macht der §. 37 des Geſetzes über den E. E. keine Ausnahme für die Kautionshypothek, dieſelbe ergiebt ſich aber aus dem Weſen der letzteren. Das Gleiche gilt bezüglich der unbeſchränkten Zulaſſung der Einreden. Beide Punkte hatte der urſprüngliche Regierungsentwurf §. 35 ausdrücklich hervorgehoben. Bei der Berathung im Landtage wurde der Paragraph geſtrichen, nicht, weil man die hier ausgeſprochenen Grundſätze mißbilligte, ſondern weil ſie das Herrenhaus auf alle Hypotheken im Gegenſatze zu den Grundſchulden ausdehnen wollte — wenigſtens in Bezug auf die Einreden —, und weil das Abgeordnetenhaus, indem es dieſe Generaliſirung verwarf, die Wiederherſtellung des Paragraphen der Regierungsvorlage verſäumte.

6) Geſetz über den E. E. §. 67.

Digitized by Google

Kautionshypothek im Falle des Eintritts ihrer Bedingungen in eine gewöhnliche Hypothek verwandeln lasse.[7]

In der Subhastation des ihm verpfändeten Grundstücks hat der Kautionshypothekar nach Maßgabe seiner Priorität bis zum Maximalbetrag der Kaution ein Anrecht auf Auszahlung der Summe, auf welche die versicherte Forderung bereits ansteht, wie auch das Recht auf Deposition entsprechender Beträge zu seiner Deckung, falls seine Forderungen noch nicht liquid zu stellen sind oder sich um deswillen noch steigern können, weil er noch zu weiterer Kreditgewährung genöthigt ist. Diese Ansprüche sind, soweit sie nicht bereits vor der Beschlagnahme gegen den Subhastaten festgestellt sind, gegenüber den betheiligten Subhastationsinteressenten zur Anerkennung zu bringen.

Eine jede Hypothek oder Grundschuld hat den Charakter einer Kautionshypothek, soweit sie für die künftig auflaufenden Kosten haftet. Aber auch die Versicherung der Zinsen hat eine ähnliche Natur. Daher stehen den Zinsansprüchen Einreden unbeschränkt entgegen.

V. Rangordnung.

§. 333. Allgemeine Grundsätze.

Das verpfändete Grundstück kann bei uns wie nach römischem Rechte soweit mit Nachpfandrechten belastet werden, als sich Abnehmer für dieselben finden. Der Vertrag, durch welchen sich der Grundeigenthümer einem Pfandgläubiger verpflichtet, sein Grundstück nicht weiter hypothekarisch zu belasten, ist unverbindlich.[1]

---

7) Es ist bestritten, ob die Umschreibung der Kaution in eine Hypothek für ein bestimmtes „Kapital" zulässig ist, nachdem das Forderungsverhältniß abgewickelt ist und einen nach Existenz und Höhe bestimmten Rückstand ergab, oder ob eine solche Umschreibung, wenn sie überhaupt gestattet wird, nur notitiae causa erfolgt. Für die erstere Ansicht spricht der Zweck der Kautionshypothek, welche gerade dazu bestimmt ist, im gegebenen Fall das rückständig bleibende Kapital zu sichern. Die Bedeutung der Frage liegt unter Anderm darin, ob dem Cessionar, welcher eine in eine feste Summe umgeschriebene Kautionshypothek bona fide erworben hat, Einreden aus dem ursprünglichen Verhältniß entgegengestellt werden können, was sicherlich verneint werden muß. Ferner ist streitig geworden, ob die Kautionshypothek in ihrem Maximalbetrag in ein zinsbares Kapital in Gemäßheit des §. 25 des E. G. vom 5. Mai 1872 umgeschrieben werden kann. Auch hierfür würden wir uns entscheiden, wie denn die Zwecke des §. 25, den Eigenthümer gegen Kapitalkündigungen und Subhastationen möglichst zu schützen, hierfür sprechen. Aber dieser Punkt ist besonders kontrovers, das O. Trib. bei Gruchot Bd. 21 S. 860 hat sich hiergegen erklärt, mehrere Instanzgerichte, Johow Bd. 3 S. 163. Bd. 6 S. 168 sind hiefür. Vgl. überhaupt Regelsberger a. a. O. S. 18 ff., Gruchot Bd. 9 S. 229, aber auch Bd. 8 S. 71.

1) Gesetz über den E. E. §. 48. L. R. I, 20 §. 439, oben §. 183.

Digitized by Google

Die Rechte des ersten und der späteren Pfandgläubiger waren in Rom ihrer Art nach verschieden.[2] Nur der erste Pfandgläubiger hatte dort ein vollkommenes Pfandrecht, ihm allein stand der Pfandverkauf zu;[3] die Rechte der Nachhypothekarien lagen hauptsächlich im jus offerendi[4] und in dem Anspruch auf die durch den ersten Pfandgläubiger erlöste hyperocha. Bei uns hingegen sind die Rechte aller Pfandgläubiger ihrer Art nach gleiche, nur der Erfolg ihrer Geltendmachung ist durch ihren Rang bedingt.

Dieser Rang richtet sich nicht, wie bei den Römern, nach Kriterien des materiellen Rechts, also nach dem Alter des Pfandrechts oder nach der Frage der Verwendung in die Sache oder nach einem Privilegium. Vielmehr bestimmt sich der Rang dem Formalcharakter der Hypothek und der Grundschuld entsprechend vorzugsweise nach dem äußerlichen Merkmal der Ordnung im Grundbuche.

Und zwar entscheidet die Reihenfolge der Eintragung nach dem sogenannten Lokusprincip, selbst wenn dieselbe ohne Rechtsgrund sein sollte, indem der Richter z. B. den Zeitpunkt des Anbringens der Gesuche in Folge eines Fehlers nicht beachtete.[5] Die Reihenfolge, wie sie sich räumlich im Buche durch das Verhältniß von oben und unten und in Folge der Seiten darstellt, kann jedoch durch Vermerke bei der Eintragung modificirt werden. Ein solcher Vermerk kann schon in der Numerirung der Post liegen, namentlich schreibt man aufeinanderfolgenden Posten, welche unter derselben Nummer eingetragen wurden, gleichen Rang zu.[6]

Der Rang des Pfandrechts bestimmt sich nach der Reihe der Eintragungen auch dann, wenn dasselbe anfänglich anfechtbar oder nichtig war und erst nach Vornahme späterer Eintragungen Rechtswirksamkeit erlangte. Auch die für eine zukünftige Forderung bestimmte Hypothek datirt nach ihrer Stelle im Buche, obgleich dieselbe erst zur Existenz kam, nachdem weitere Posten eingetragen waren.[7] Ebenso verhält es sich mit vorgemerkten Pfandrechten.

---

2) Dernburg Pf. R. II, §§. 159. 160, Windscheid I, §. 241.

3) l. 1 D. de distr. pign. 20, 5. A. Anf. Windscheid a. a. O.

4) l. 12 §. 9 D. qui pot. 20, 4.

5) Vgl. oben §. 200. — Gesetz über den E. E. §§. 17. 34. L. R. I, 20 §. 502.

6) Würden hingegen mehrere zu gleicher Zeit angemeldete Pfandrechte unter gleichem Datum, aber mit fortlaufenden Nummern und ohne besondern Vermerk hintereinander eingetragen, so erhielte die voreingetragene Post nothwendig den Vorzug, auch wenn dies nicht in der Intention des eintragenden Richters gelegen hätte. Präj. des O. Trib. 27.

7) L. R. I, 20 §. 13.

Digitized by Google

Innerhalb derselben Post haben die verschiedenen aus derselben erwachsenen Ansprüche verschiedene Priorität. Obenan stehen die Ansprüche wegen der Kosten, dann gewisse Zinsen, worüber das Nähere bei der Subhastation auszuführen ist, endlich folgt das Kapital.[8] Im Falle einer Cession des Kapitals unter Zurückhaltung von solchen Zinsansprüchen, die privilegirt sind, geht daher der Cedent der Kapitalsforderung des Cessionars vor.[9] Wurde das Kapital theilweise abgetreten, so haben die Forderungen gleiche Priorität, wenn nichts Anderes ausgemacht war.

§. 334. Spätere Veränderungen der Priorität.

Da sich der Rang der Pfandrechte am Grundstücke nach einem formellen Kriterium, nämlich nach der Skriptur im Grundbuche regelt, so kann er auch durch Einträge im Grundbuche verändert werden. Der Richter darf aber eine solche Veränderung nur vornehmen, wenn für dieselbe zureichende materielle Unterlagen vorhanden sind, so daß sie ohne Rechtskränkung Dritter geschehen kann.

1. Es kann daher auf Antrag des Gläubigers die Rangordnung unter mehreren Posten, welche sich unmittelbar folgen und die ihm sämmtlich zustehen, beliebig durch nachträglichen Vermerk im Grundbuche bestimmt werden.[1] Ebenso steht dem Gläubiger frei, Theile einer einzigen eingetragenen Forderung mit der Priorität vor anderen Theilen derselben Post durch einen Vermerk im Buche versehen zu lassen, auch ehe er zu Gunsten eines Andern darüber verfügt. Andere eingetragene Gläubiger haben weder ein Interesse bei diesen Aenderungen, noch irgend welches Recht der Einsprache.

2. Ferner kann eine Veränderung der Rangordnung eintreten mittels einer sogenannten Prioritätscession,[2] durch welche ein Gläubiger seinen Vorrang zu Gunsten eines später oder gleich eingetragenen Gläubigers aufgiebt.[3] Eine solche Prioritätscession wirkt an und für sich nur zwischen den Kontrahenten und deren Erben. In Folge derselben kann der Prioritätscessionar, welcher bei der Zwangsvollstreckung ausfällt, während der Prioritätscedent befriedigt wird, die Herausgabe des dem Letzteren überwiesenen

---

8) Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §. 54. Vgl. unten §. 351.

9) Entscheidung des O. Trib. Bd. 5 S. 79.

1) So entschied das Appellationsgericht zu Hamm bei Gruchot Bd. 4 S. 413 ff.

2) Die Zustimmung des Pfandgläubigers zu einer weiteren Verpfändung wird von gemeinrechtlichen Schriftstellern als Prioritätscession aufgefaßt. Glück Bd. 19 S. 430 ff., ja die römischen Juristen sahen hierin geradezu einen Verzicht auf das Pfandrecht l. 12 pr. D. q. m. p. s. 20, 6. Dies um deswillen, weil die Zustimmung an sich unnöthig ist und nur so einen juristischen Sinn gewinnt. Das L. R. I, 20 §. 496 verwirft diese Auffassungen.

3) Gesetz über den E. E. §. 35. L. R. I, 20 §. 497 ff.

Digitized by Google

Betrages nach Maßgabe der Cession verlangen.[4] [5] Weitergehende Rechte erwirbt der Cessionar dadurch, daß die Prioritätseinräumung im Grundbuche vermerkt wird.[6]

Aber freilich sind die Meinungen getheilt über die Wirkung einer derart eingetragenen Cession, indem ihr die Einen eine bloß relative, die Anderen eine absolute Kraft zuschreiben, was von Wichtigkeit ist, wenn Zwischenposten zwischen dem Prioritätscedenten — dem Primus — und dem Cessionar — dem Tertius — stehen. Die Vertheidiger der relativen Kraft nehmen an, daß die vortretende Post des Tertius zwar im Falle der Subhastation an Stelle des Primus, welcher ihm die Priorität einräumte, befriedigt werde, daß aber hierbei Voraussetzung sei, daß die Post des Primus zur Zeit der Subhastation noch existire. Wäre dieselbe dagegen vorher gelöscht, so rücke Sekundus vor, welcher durch die Prioritätscession des Primus nicht gebunden sei. Gegen die Löschung der Forderung des Primus könnte sich aber Tertius durch die Prioritätscession nicht schützen. Nach dieser Auffassung müßte andrerseits die Post des Prioritätscedenten an ihrer ursprünglichen Stelle zum Zuge kommen, wenn die Post des Prioritätscessionars vor der Kaufgelderbelegung gelöscht wurde.

Der richtigen Ansicht nach ist aber die Abänderung der ursprünglichen Ordnung, welche durch die eingetragene Prioritätscession erfolgt ist, eine endgültige. Es rechtfertigt sich dies aus der Meinung der Kontrahenten und entspricht der formalen Kraft der Einschreibung. Es tritt also Tertius ein für allemal an die Stelle des Primus, eine etwaige Löschung der Post des Primus berührt sein einmal erworbenes Recht nicht mehr.[7]

Der Umfang der Prioritätseinräumung wird natürlich bestimmt durch den Betrag der Post des Prioritätscedenten einerseits und durch die Höhe der Post des Prioritätscessionars andererseits, welchem der Vorrang eingeräumt ist. Die Einräumung des Vorrechts für das Kapital bezieht sich auch auf die Nebenleistungen.[8]

---

4) Vgl. L. R. I, 20 §. 498.

5) Vgl. l. 23 §. 1 D. de her. vel a. vend. 18, 4.

6) Die Eintragung kann geschehen nicht bloß auf Antrag des eingetragenen Gläubigers, sondern auch seines legitimirten Rechtsnachfolgers, oder auf Antrag des Prioritätscessionars, gestützt auf die Bewilligung des legitimirten Cedenten. G. B. O. §. 86, vgl. §. 81.

7) Erstere Ansicht ist die des O. Trib. Bd. 6 S. 359. Zustimmend Turnau G. B. O. Bd. 1 S. 371 und dort Citirte, ferner Jäckel Subhastationsordnung S. 151, Regelsberger Studien S. 47, wenigstens im Princip. Gegen das Obertribunal Prinz Einfluß der Hypothekenverfassung auf das Sachenrecht S. 272 ff.

8) Gesetz über den E. E. §. 35. Doch ist dies nur eine gesetzliche Vermuthung, welche durch eine ausdrücklich erklärte entgegengesetzte Absicht ausgeschlossen werden kann.

Digitized by Google

3. Auch ein Prioritätsvorbehalt ist zulässig, durch welchen sich der Grundeigenthümer bei Bewilligung einer Hypothek oder Grundschuld eine vorgehende Eintragung bis zu einer gewissen Höhe offen hält.[9] Das solcher Gestalt reservirte Vorrecht kommt derjenigen späteren Post zu Gute, welcher dasselbe mit Bewilligung des Grundeigenthümers zugeschrieben wird. Hat der Eigenthümer keinen Gebrauch von dem Vorbehalt gemacht und kommt es zur Zwangsvollstreckung, so kann weder er noch seine Konkursmasse etwas an der betreffenden Stelle liquidiren.

4. Eine nachträgliche Zuwendung der Priorität ohne Zustimmung der hierdurch zurückgesetzten Gläubiger ist auf Grund des Gesetzes zulässig zu Gunsten der Zinsen einer früher eingetragenen Post.[10] Die Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 stellte nämlich, um die Hypotheken im Falle eines Steigens des Zinsfußes möglichst vor Kündigung zu bewahren, den Grundeigenthümern frei, bei Hypotheken, die nach Inkrafttreten jener Novelle mit Zinsen unter fünf Procent eingetragen würden, beliebig einen erhöhten Zinssatz bis zu fünf Procent eintragen zu lassen. Dem Gedanken des Gesetzes nach muß das Gleiche auch älteren Hypotheken gestattet sein, wenn nur die Nachhypotheken erst nach dem Inkrafttreten der Novelle entstanden.[11] Auch ist für zinslos eingetragene Kapitalien nicht zu verweigern, was den mit geringerem Zinssatz eingetragenen zu Gute kommt. Beides hat die neueste Gesetzgebung wenigstens, gegenüber den nach ihrem Inkrafttreten eingetragenen Hypotheken und Grundschulden, ausdrücklich anerkannt.[12]

§. 335. Anfechtung von Eintragungen durch gleich- oder nacheingetragene Gläubiger.

Die Frage ist wichtig, ob und unter welchen Voraussetzungen nacheingetragene Gläubiger voreingetragene Hypotheken und Grundschulden anfechten können. Die Beantwortung gilt auch für die Anfechtung von zu gleichen Rechten eingetragenen Posten.

Das Recht kann hinsichtlich der Anfechtung vorgehender nicht rechtsbeständiger Pfandrechte durch später eingetragene Pfandgläubiger von verschiedenen Standpunkten ausgehen. Es kann jenen Gläubigern das Anfechtungsrecht auf Grund der Erwägung zugestehen, daß auch ein nacheingetragenes Pfandrecht nicht bloß die ihm angewiesene Stelle, sondern das ganze

9) Anderer Ansicht ist Rintelen bei Johow Bd. 6 S. 305.

10) Hypothekennovelle §. 30. Gesetz über den E. E. §. 25.

11) Dies ist die Ansicht von Herbst bei Gruchot Bd. 16 S. 448.

12) Man wird über die Zinsen auch im Fall einer Zinserhöhung keine besondern Hypothekenbriefe auszustellen haben. Die Meinungen differiren jedoch, vgl. Turnau G. B. O. Bd. 1 S. 321.

Digitized by Google

Grundstück erfaßt, woraus sich ergiebt, daß ihm kein Theil der Kaufgelder im Falle einer Zwangsvollstreckung durch eine nicht zu Recht bestehende Hypothek oder ein ohne Grund angesprochenes Vorrecht entzogen werden dürfe. Man kann aber auch daran festhalten, daß der nacheingetragene Pfandgläubiger sich mit der ihm zugewiesenen Stelle zufrieden gegeben habe, daß ihm daher kein Recht zustehe, ältere, wenn auch vielleicht an sich unbegründete, Einträge später wegzuräumen und sich einen besseren Rang zu verschaffen, als ihm ursprünglich zugedacht war.

Unser positives Recht hat keinen dieser Standpunkte konsequent erfaßt und erscheint hier in besonderm Grade unfertig.

1. Hypotheken können von gleich- oder nacheingetragenen Gläubigern angefochten werden.

Diese Anfechtung kann sich darauf stützen, daß die Hypothek nicht rechtsbeständig war und zwar von Anfang an. Der Mangel kann in der Pfandbestellung selbst liegen, z. B. es fehlte die gehörige Eintragungsbewilligung, oder in der Hinfälligkeit der Forderung, z. B. die Darlehnssumme, deren Rückzahlung versichert ist, wurde nicht ausgezahlt. War die Post dagegen von Anfang an rechtsbeständig und wurde sie später unkräftig, so können die übrigen Gläubiger hierauf keine Anfechtung stützen, vielmehr ist hiervon nur die Folge, daß der Grundeigenthümer die Post für sich geltend machen kann.

Die Anfechtung ist außerdem zulässig als s. g. actio Pauliana, weil die angefochtne Hypothek auf einer ungerechtfertigten Begünstigung des Verklagten beruht. [1]

Dritte redliche Erwerber der Post gegen Entgelt unterliegen der Anfechtung nicht.

2. Grundschulden sind der Regel nach durch gleich- oder nacheingetragene Gläubiger nicht bestreitbar oder anfechtbar. [2] Nur solchen Gläubigern ist ein Anfechtungsrecht zugestanden, welche im Wege der Zwangsvollstreckung ihre Eintragung erlangten. Man wird dies auf alle Gläubiger folgerichtig ausdehnen müssen, welche ohne Willen des Eigenthümers die Eintragung erlangten, z. B. auf den in Folge eines gesetzlichen Titels Eingetragenen.

Es erhebt sich die Frage, ob der nacheingetragene Gläubiger jederzeit gegen den vorstehenden von ihm als Scheingläubiger bekämpften Hypothekar

1) Subhastationsordnung vom 15. März 1869 §§. 70. 71.

2) Gesetz über den E. E. §. 40. Die Beschränkung der Anfechtung der Grundschulden wird jedoch nur auf die actio Pauliana — Subhastationsordnung §. 71 — bezogen von Jäckel bei Gruchot Bd. 18 S. 48 S. 574 und Achilles bei Johow Jahrbuch Bd. 6 S. 291 ff.

Digitized by Google

oder Grundschuldgläubiger sein Anfechtungsrecht geltend machen könne, oder ob er mit der Anfechtung warten müsse, bis die Zwangsvollstreckung in die Pfandsache eingeleitet ist und es feststeht, daß er durch die Konkurrenz zu Schaden kommt. Das Erste entspräche dem strengen Rechte, da es dem Gläubiger schon jetzt von Interesse sein kann, den ihm wirklich gebührenden Rang festzustellen und Scheinrechte zu beseitigen, welche denselben verdunkeln. Demungeachtet hat die Praxis ein Recht des nachstehenden Pfandgläubigers zur Anfechtung vorstehender Posten vor der Versilberung der Pfandsache nicht anerkannt. Man stützt sich darauf, daß das Anfechtungsrecht in der Kollision der Rechte begründet sei, daß aber eine solche erst eintrete, wenn bei der Versilberung des Pfandes der hintanstehende Gläubiger um deswillen nicht zur vollen Befriedigung kommen könne, weil die Kaufgelder ganz oder theilweise dem Scheinhypothekar zugewiesen werden sollen. Vorher bleibe die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß sämmtliche eingetragene Posten Befriedigung fänden, so daß also eine Anfechtung ein feststehendes Interesse für den nacheingetragenen Gläubiger noch nicht habe.[3]

VI. Beendigung der Hypotheken und Grundschulden.

§. 336. Befriedigung des Gläubigers. Löschung.

Durch die Zahlung der Schuld oder eine anderweitige Befriedigung des Pfandgläubigers, z. B. durch Novation, Hingabe an Zahlungsstatt, Kompensation, Deposition, Erlaß erlischt die eingetragene Post noch nicht. Der Grundeigenthümer erwirbt aber eine Einrede gegen den befriedigten Gläubiger und dessen Erben, wie auch gegen Dritte, welche die Post in Kenntniß der Befriedigung ihres bisherigen Inhabers erworben haben. Nicht weniger hat er eine Klage auf Bewilligung der Löschung oder auf Abtretung der Hypothek oder Grundschuld. Zweifelhaft ist die Natur dieser Klage. Sie ist nicht bloß, wie Viele behaupten, eine persönliche,[1] denn sie kann nicht nur gegen den befriedigten Gläubiger und dessen Erben, sondern auch gegen Dritte angestellt werden, welche sich die Post in Kenntniß der Sachlage abtreten ließen. Die Klage hat also einen negatorischen Charakter und stützt sich darauf, daß das dingliche Recht des Pfandgläubigers, wenn auch noch formell bestehend, in den Händen des Verklagten materiell kraftlos ist.

---

3) Entsch. des Obertrib. Bd. 11 S. 60 ff. Vgl. §. 70 der Subhastationsordnung.

1) So Roth bayerisches Civilrecht II S. 476, Meibom Mecklenb. Hypothekenrecht S. 278. — Die a. negatoria ist zugelassen bei Seuffert Archiv Bd. 12 n. 247. Vgl. auch L. R. I, 20 §. 520, Entsch. des O. Trib. Bd. 18 S. 264, Striethorst Archiv Bd. 43 S. 268.

Digitized by Google

Eine vollständige Aufhebung der Hypothek und der Grundschuld geschieht der Regel nach nur durch rechtsgültige Löschung.[2] Dieselbe fordert

a) einen Buchakt, nämlich eine Einschreibung im Grundbuche, durch welche das eingetragene Pfandrecht als getilgt bezeichnet wird, und

b) bestimmte materielle Unterlagen.[3]

Zu diesen gehört einmal der Antrag des Grundeigenthümers.[4] Der Antrag des Gläubigers wäre nicht zulänglich, da es dem Eigenthümer der Pfandsache freisteht, die Hypothek oder Grundschuld nach Abfindung des Gläubigers zu seinen Gunsten zu erhalten. Eine zweite Voraussetzung ist neben Beibringung des ausgestellten Briefes oder des rechtskräftigen Erkenntnisses über dessen Amortisation die Löschungsbewilligung des Gläubigers oder die Liquidstellung der Thatsache, daß ein Gläubigerrecht materiell nicht mehr besteht.

Ertheilen kann die Löschungsbewilligung nicht bloß, wer als Gläubiger eingetragen ist, sondern auch dessen nicht eingetragener Rechtsnachfolger, wenn der Uebergang des Rechtes in gehöriger Weise beglaubigt ist. Eine gehörige Quittung wird der Löschungsbewilligung gleichgestellt.[5] Der Rechtsgrund der Löschungsbewilligung ist dem Grundbuchrichter nicht darzuthun. Der Mangel der causa der Löschungsbewilligung erzeugt nur persönliche Ansprüche gegen denjenigen, welcher dieselbe erwirkt und durch sie ungehörigerweise bereichert ist. Die Löschungsbewilligung wird ersetzt durch die rechtskräftige Verurtheilung des Gläubigers zum Dulden der Löschung.

Der Nachweis der Nichtexistenz eines der Löschung entgegenstehenden Gläubigerrechts kann geführt werden durch Berufung auf ein rechtskräftiges Ausschlußerkenntniß nach erfolgtem gerichtlichem Aufgebot der Post,[6] desgleichen durch Vorlegung einer richterlichen Erbbescheinigung oder eines Testaments oder Erbvertrags, aus welchem sich die Konfusion ergiebt.

Auch auf Grund des Ersuchens einer zuständigen Behörde, namentlich des Subhastationsrichters, kann die Löschung eintreten.[7]

---

2) Gesetz über den E. E. §. 57.

3) G. B. O. §. 94.

4) Gesetz über den E. E. §. 58.

5) L. R. I, 13 §§. 107. 108.

6) G. B. O. §. 103. Ist der eingetragene Gläubiger oder dessen Rechtsnachfolger der Person oder dem Aufenthalt nach unbekannt, so bedarf es zur Begründung des Antrags auf Aufgebot einer eingetragenen angeblich getilgten Post keiner Bescheinigung über die Tilgung. Entsch. d. O. T. Bd. 78 S. 252.

7) Gesetz über den E. E. §. 58, G. B. O. §. 41. Vgl. Subhastationsordnung vom 15. März 1869 §. 79 Abs. 6.

Digitized by Google

Eine rechtsgiltige Löschung tilgt das Pfandrecht für immer, so daß die nachstehenden Gläubiger vorrücken.[8] Dagegen ist eine Löschung zur Ungebühr, d. h. eine solche, welche der nöthigen materiellen Unterlagen entbehrt, an sich kein Tilgungsgrund für das Realrecht.[9] Der Pfandgläubiger kann daher dessen Wiedereintragung verlangen. Diese geschieht aber unbeschadet der Rechte derjenigen, welche nach jener Löschung im Glauben an deren Rechtsgiltigkeit Eigenthum oder dingliche Rechte am Grundstück erworben haben. Dagegen wirkt die Wiedereintragung allen Berechtigten gegenüber, deren Rechte bereits zur Zeit der Löschung bestanden hatten.

Das Gesetz bezeichnet die rechtsgiltige Löschung als die einzige Weise der Beendigung der Hypothek und der Grundschuld. Es giebt jedoch besondere Fälle, in welchen dasselbe gleichwohl auch ohne Löschung erlischt. So dann, wenn ein eingetragener Endtermin oder eine eingetragene auflösende Bedingung zur Existenz kommt. Ferner muß das Pfandrecht endigen, wenn das Pfandgrundstück in Folge von Naturereignissen, z. B. Abspülung, Erdbeben, zu Grunde geht oder auch, wenn das Grundstück nicht mehr aufzufinden ist.[10]

§. 337. Succession des Eigenthümers.[1]

Wird der Gläubiger einer Hypothek oder Grundschuld bezahlt oder sonst befriedigt, oder hat eine Vereinigung des Pfandrechts mit dem Eigenthum mittels Konfusion stattgefunden, so wäre damit nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die weitere Wirkung des Pfandrechts aufgehoben. Die nachstehenden Pfandgläubiger müßten also befugt sein, die Löschung jener Post zu betreiben, damit die Erledigung des voreingetragenen Rechts publicirt und sichergestellt werde. Dieser Behandlung der Sache treten jedoch praktische

---

8) Gesetz über den E. E. §. 62. In Mecklenburg besteht das System der sogenannten festen Priorität, so daß die nachstehenden Hypothekengläubiger auch im Falle der Löschung der Hypothek eines vorgehenden Gläubigers nicht vorrücken. Das preußische System, welches dem Grundeigenthümer die Möglichkeit läßt, die nachstehenden Gläubiger durch Löschung der Vorhypotheken vorrücken zu lassen, ist indessen bequemer.

9) Vgl. Hyp.-Ordn. II §. 284. L. R. I, 20 §. 526 ff. G. B. O. §. 118.

10) Vgl. auch Meibom Mecklenb. Hypothekenrecht S. 273.

1) Aus der zahlreichen Literatur ist hier zu erwähnen: v. der Hagen die Hypothek des Eigenthümers, ein Versuch über §. 52 des Anhangs u. s. f. 1836, ferner in Ulrichs Archiv Bd. 5 S. 359 ff. Pape Bemerkungen Ulrichs Archiv Bd. 16 S. 629 ff. Delbrück die Uebernahme fremder Schulden S. 63 ff. Prinz Einfluß der Hypothekenverfassung S. 233 ff. Galli zur Lehre von der Hypothek des Eigenthümers bei Gruchot Bd. 10 S. 513. Hoyer ebendas. Bd. 11 S. 23 ff. Göppert Anwaltszeitung 1864 S. 279 ff. Hinschius das. 1866 n. 44. 45. Kindel bei Gruchot Bd. 20 S. 139. Schollmeyer die Hypothek des Eigenthümers, Halle 1874; Buchka Hypothek des Eigenthümers, Wismar 1875.

Digitized by Google

und wirthschaftliche Gründe entgegen. Man würde durch dieselbe den Nachhypothekarien einen Vortheil zuwenden, auf welchen sie von vornherein nicht zählen konnten, den sie bei der Bewilligung der Nachhypothek nicht in Berechnung brachten und für den sie daher ein Aequivalent auch nicht leisteten. Der Grundeigenthümer aber würde, wenn er zur Abfindung der vorstehenden Gläubiger oder auch später Realkredit brauchte, da er seinem Gläubiger nur die spätere Stelle bewilligen könnte, das ihm nöthige Kapital schwieriger und theurer erhalten. Es wäre möglich gewesen, um Dem zu begegnen, dem Eigenthümer freizustellen, anstatt der bezahlten oder durch Konfusion entkräfteten Hypothek jetzt oder später eine neue mit dem Range der getilgten an deren Stelle eintragen zu lassen.[2] Darin hätte ein Analogon der hypothekarischen Succession der Römer gelegen.[3] Unsere Gesetzgebung hat aber vorgezogen, statt die Schaffung eines neuen Rechts mit dem alten Range zu gestatten, zu Gunsten des Grundeigenthümers das einmal bestehende Rechtsverhältniß geradezu zu erhalten, indem sie sich darauf stützte, daß die Post formell bis zur Löschung noch nicht untergegangen ist.[4] Dabei mußte man freilich die Zahlung der Pfandschuld als Cessionspreis, die Quittung als Cessionsakt behandeln und davon absehen, daß nach der Regel des Rechts das Pfandrecht durch die Konfusion kraftlos werden mußte.

Die geschichtliche Ausbildung dieser Succession des Eigenthümers war folgende:

1. In einer Vormundschaftssache war streitig geworden, ob im Hypothekenbuche eingetragene Schuldforderungen für erloschen zu erachten seien, wenn sie durch Erbgang oder aus einem andern Rechtsgrunde auf den Inhaber des verpfändeten Grundstücks übertragen würden, oder ob Letzterer seiner Eigenschaft als Schuldner unbeschadet dergleichen Ansprüche anderweit cediren dürfe? Das hierbei nachgesuchte und unter dem 11. August 1802 durch königliches Reskript bestätigte Gutachten der Gesetzeskommission entschied sich dafür, daß das Hypothekenrecht nicht durch die bloße Vereinigung seines Eigenthums mit dem Eigenthum des verpfändeten Grundstücks aufgeho-

2) Dieser Auffassung neigen sich die zuletzt genannten beiden Schriftsteller zu.

3) Nach römischem Rechte rückte bekanntlich der Pfandgläubiger, durch dessen Vorschuß ein früherer abgefunden wird, an dessen Stelle. Daß hiermit nicht das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers auf den Abfindenden übergeht, daß dieser vielmehr nur für das in seiner Person konstituirte Recht in den Rang des untergegangenen Pfandrechts einrückt, wurde bereits bemerkt.

4) Daß der Grundeigenthümer nicht bloß die Macht hat, die Post weiter zu begeben, oder, wie unter Anderm Förster P. P. III. §. 200 sich ausdrückte, ein formales Dispositionsrecht über dasselbe erwirbt, sondern selbst die pfandrechtlichen Befugnisse gegenüber der eignen Sache hat, ergiebt das unten §. 338 am Ende Ausgeführte.

Digitized by Google

ben werde, sondern nur durch eine auf Antrag des Besitzers erfolgende, von seiner Willkür abhängende Löschung im Hypothekenbuche aufhören solle, so daß der Besitzer befugt sein sollte, ein solches noch ungelöschtes Hypothekenrecht einem Andern gültig abzutreten.[5] Im allgemeinen Landrechte wurde dieses Reskript als Anhang §. 52 nach I. 16. §. 484 eingeschaltet.

2. Es erhoben sich Zweifel darüber, ob diese für den Fall der Vereinigung der Hypothekenrechte mit dem Eigenthum gegebene Vorschrift auch dann Anwendung fände, wenn von dem Eigenthümer des Grundstücks die Zahlung der darauf eingetragenen Forderungen erfolgt sei. Diese Frage wurde durch die Deklaration des §. 52 des Anhangs vom 3. April 1824 nach eingeholtem Gutachten des Staatsraths dahin erledigt,[6] daß der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher eine auf dasselbe hypothekarisch versicherte Geldsumme auszahle und die Forderung nicht im Hypothekenbuche habe löschen lassen, alle Rechte eines Cessionars dieser Hypothek genießen solle, ohne Unterschied, ob ihm bei der Auszahlung eine förmliche Cession oder nur eine Quittung ertheilt worden sei, indem für diesen Fall die bloße Quittung so ausgelegt werden solle, als ob darin eine ausdrückliche Cession enthalten wäre.

3. In gleicher Weise giebt das jetzige Grundbuchrecht dem Eigenthümer, welcher eine Hypothek oder Grundschuld gezahlt oder sonst getilgt hat, die Befugniß, nach seiner Wahl Quittung oder Löschungsbewilligung oder Abtretung zu fordern, und das Recht, die Post auf Grund der Quittung, Löschungsbewilligung oder Abtretung auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen. Dasselbe Recht gesteht es dem Eigenthümer dann zu, wenn er die Hypothek oder Grundschuld von Todeswegen erwarb. Ebenso wird dem Gläubiger im Falle des Erwerbs des Pfandgrundstücks verstattet, die Hypothek oder Grundschuld auf seinen Namen stehen zu lassen oder über sie zu verfügen.[7]

Zwei Auffassungen der Succession des Eigenthümers in die von ihm erworbene Hypothek sind möglich.

a) Nach der Einen erhält sich nicht bloß die Hypothek, sondern auch das der Hypothek zu Grunde liegende Forderungsrecht trotz der Konfusion. Der Besitzer des Grundstücks wird also nicht nur als Pfandberechtigter angesehen, sondern gilt auch zugleich als persönlicher Gläubiger selbst in dem Falle, in welchem er der persönliche Schuldner war. Zwar giebt man zu,

5) Amelang neues Archiv Bd. 2 S. 457, Rabe Bd. 7 S. 183 ff.
6) Vgl. Kamptz Jahrb. Bd. 50 S. 168.
7) Gesetz über den E. E. §. 63 ff.

Digitized by Google

daß das persönliche Forderungsrecht während der Dauer der Vereinigung ruhe, aber man behauptet, daß es in dem Augenblicke wieder in Wirksamkeit trete, in welchem Pfandrecht und Eigenthum an verschiedene Inhaber gelangen. Diese Auffassung theilt das Obertribunal. [8]

b) Nach der entgegengesetzten Meinung geht die persönliche Verbindlichkeit im Falle der Succession des Eigenthümers völlig unter, nur das Hypothekenrecht erhält sich zu Gunsten des Eigenthümers, und nur dieses kann begeben werden. [9] Diese Ansicht war schon nach dem früheren Rechte die richtige, denn die Gründe, weswegen die Hypothek der Konfusion ungeachtet sich erhält, liegen ausschließlich auf dem Gebiete des Sachenrechts, nicht auf dem der persönlichen Forderung. Die Erhaltung der Hypothek trotz des Unterganges der Obligationen, an welche sie sich anschloß, erklärt sich dadurch, daß ihr bei uns der streng accessorische Charakter fehlt. Diese Auffassung ist nach dem jetzigen Rechte auch dadurch zu begründen, daß das Gesetz dem Grundeigenthümer nur die Befugniß einräumt, über die Post zu verfügen, ihm aber keineswegs auch die persönliche Forderung erhält; hiernach nähert sich die Hypothek des Eigenthümers in den wesentlichsten Beziehungen einer Grundschuld. [10]

§. 338. Fortsetzung. Einzelpunkte.

Die Voraussetzungen der Succession des Eigenthümers im Einzelnen sind folgende:

1. Es ist erfordert, daß es sich um eine in das Grundbuch eingetragene Hypothek oder Grundschuld handele. Die Succession bleibt also ausgeschlossen in Bezug auf sogenannte Rekognitionshypotheken. Denn diese haben nicht wie eingetragene Pfandrechte formelle Selbständigkeit, sind vielmehr streng accessorischen Charakters, so daß die Tilgung der zu Grunde liegenden Forderung den Untergang der Hypothek nothwendig mit sich führt. [1]

Aus dem gleichen Grunde schließt das Gesetz, wie früher hervorgehoben wurde, die Succession des Eigenthümers bei der Kautionshypothek aus; [2]

---

8) So im Plenarbeschluß vom 27. Mai 1839, Entsch. Bd. 5 S. 56 ff., ferner vom 9. Januar 1846, Entsch. Bd. 12 S. 66 ff. und nunmehr Bd. 77 S. 164. — Förster Pr. P. R. III §. 200.

9) Koch Uebergang der Forderungsrechte S. 92, Kommentar zu Anh. §. 52.

10) Aehnlich bemerkt Achilles zu §. 64 des Gesetzes über den E. E. „die Hypothek des Eigenthümers behält nur formell die Eigenschaft der Hypothek, materiell ist sie mit der Grundschuld identisch."

1) Entsch. des O. Trib. Bd. 15 S. 232. Böle Ulrichs Archiv Bd. 2 S. 183. Förster Pr. Pr. R. III §. 200.

2) Entsch. des O. Trib. Bd. 25 S. 292 ff., Präj. n. 2473. — Aehnlich jetzt Gesetz über den E. E. §. 67.

Digitized by Google

es sei denn diese bereits in eine bestimmte Hypothek oder Grundschuld durch Umschreibung verwandelt. Wie steht es, wenn nur die Vormerkung einer Hypothek oder Grundschuld im Hypothekenbuche eingetragen ist? Richtiger Ansicht nach succedirt der Eigenthümer in dieselbe, wenn ein materiell begründeter Pfandanspruch zu Grunde liegt, auch wenn die Vormerkung noch nicht definitiv umgeschrieben ist.[3] Zweifellos ist, daß ein Successionsrecht des Eigenthümers in gezahlte Zinsen nicht besteht. Denn die Zinsen haben nicht die Bestimmung einer dauernden Belastung der Pfandsache.[4] Daher ist auch ihre Priorität eine zeitlich beschränkte, indem nur die Rückstände aus den letzten 2 Jahren noch an der Stelle des Kapitals befriedigt werden.

Die Succession findet nur statt in Bezug auf die in der 3. Abtheilung des Grundbuchblattes eingetragenen Belastungen. Sie tritt also nicht ein bei solchen Posten, die in der 2. Abtheilung des Grundbuchblattes verzeichnet sind, z. B. bei Ablösungskapitalien.[5]

2. Der Grundeigenthümer[6] erwirbt die Hypothek oder Grundschuld dann, wenn die Zahlung durch ihn geschah. Erfolgte die Zahlung durch einen Dritten der Art, daß dieser Regreßansprüche geltend machen kann, so geht auf ihn die Forderung und das Anrecht auf Cession der Post über,[7] nur dann, wenn er im Namen des Eigenthümers zahlte, ohne regreßberechtigt zu sein, erwirbt der Eigenthümer die Post. Das Letztere ist zu unter-

---

3) Das Obertribunal, Entsch. Bd. 13 S. 257, Präj. 1707 hat dies anerkannt. Anders Förster Pr. Pr. R. III §. 200.

4) Entsch. des O. Trib. Bd. 48 S. 127. Striethorst 95, S. 163. Wie steht es mit den Kosten, welche rückständig blieben und die der Eigenthümer bezahlt? Die bezügliche Hypothek ist zunächst Kautionshypothek. Vor einer Umschreibung in eine gewöhnliche Hypothek tritt also das Successionsrecht nicht ein.

5) Vgl. Jäckel Subhastationsordnung S. 144.

6) Der Grundeigenthümer succedirt ohne Rücksicht darauf, ob er im Grundbuche eingetragen ist oder nicht. Nur der eingetragene Eigenthümer ist aber berechtigt, die Post auf Grund der bloßen Quittung oder Löschungsbewilligung auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen. Der nicht eingetragene Eigenthümer erhält dies Recht erst durch die Cession des abgefundenen Pfandgläubigers, die aber erzwungen werden kann. Gesetz über den E. E. §. 64. Hat Jemand eine Hypothek oder Grundschuld, ehe er Eigenthümer war, getilgt, jedoch mit Rücksicht auf sein künftiges Eigenthumsrecht, so succedirt er richtiger Ansicht nach mit dem Eigenthumserwerb in das Pfandrecht, auch wenn er sich dasselbe nicht, was freilich meistens geschehen wird, besonders cediren ließ. Es gilt dies namentlich auch für den Fall, daß der Käufer, welchem das Grundstück noch nicht aufgelassen ist, Hypotheken abstieß. Vgl. jedoch Turnau G. B. O. Bd. 1 S. 414. — Succedirt ein Miteigenthümer, welcher den Gläubiger ohne Theilnahme des Miteigenthümers abfand, in das Pfandrecht? Es ist dies anzunehmen, da auch er Eigenthümer ist.

7) L. R. I, 16 §§. 46. 50. — Anders das Präj. des Obertrib. 838, siehe aber Koch Kommentar zu L. R. I, 16 §. 48. — Ueberhaupt vgl. noch Ulrich Archiv Bd. 14 S. 259.

Digitized by Google

stellen, wenn der Verkäufer eines Grundstücks die auf demselben haftenden, vom Käufer nicht übernommenen Pfandrechte seiner Verpflichtung gemäß getilgt hat und dies dem Käufer, dem er das Grundstück auflässt, zur Kenntniß gebracht hat. Einer freiwillig durch den Grundeigenthümer geleisteten Zahlung steht es gleich, wenn sich der Realgläubiger im Wege der Exekution gegen ihn befriedigt hat. Kein Successionsrecht erwirbt aber der Grundeigenthümer in die Hypothek oder Grundschuld, wenn der von ihm verschiedene persönliche Schuldner seine Schuld, um sich von derselben zu befreien, getilgt hat.

Gleichgültig ist, ob der Grundeigenthümer den Pfandgläubiger durch Zahlung oder auf andere Weise befriedigt hat, z. B. durch Hingabe an Zahlungsstatt, Kompensation, im Wege des Vergleichs oder unentgeltlichen Erlasses.[8] [9]

3. Eine Succession des Eigenthümers tritt auch ein im Falle einer bloß theilweisen Tilgung der versicherten Forderung. Jedoch behält richtiger Ansicht nach der dem Pfandgläubiger geschuldete Rest der Forderung den Vorzug vor demjenigen Theile, in welchen der Eigenthümer succedirt. Denn bisher konnte der Gläubiger frei entscheiden, für welchen Theil seiner Forderung er die Pfandsache zunächst in Angriff nehmen wolle; er kann daher für den ihm bleibenden Rest auch nach einer theilweisen Abzahlung die Priorität ansprechen.[10]

Schwierigkeiten ergeben sich bei korrealiter eingetragenen Posten. Dies namentlich, wenn die gesammthaftenden Grundstücke A. und B. verschiedenen Eigenthümern gehören und Einer derselben die Pfandschuld tilgt. Der Zahlende succedirt hier nicht bloß in das eigene Grundstück A., sondern auch in das mitbefreite fremde Grundstück B. Denn das Gesetz läßt den zahlenden Eigenthümer in die ganze Post wie durch Cession succediren. Zweifelhaft ist ferner, ob der Eigenthümer, welcher durch Abfindung in mehrere gesammthaftende Grundstücke succedirte, berechtigt ist, die Post auf einem — z. B. dem eignen — Grundstück löschen zu lassen, auf dem andern — z. B. dem

---

8) Dies hat die Jurisprudenz, wenn auch unter steter Kontroverse, auf Grund der Deklaration vom 3. April 1824 festgestellt. Durch §. 63 des Gesetzes über den E. E. ist der Satz auch gesetzlich anerkannt.

9) War die Post formal rechtsbeständig, aber noch materiell imperfekt, indem z. B. auf eine Hypothek oder Grundschuld hin Valuta nicht bezahlt ist und hat der Eigenthümer in Folge dessen durch Anfechtungsklage Löschungsbewilligung erzwungen, so tritt keine Succession ein, obgleich man dies als konsequent erachten könnte.

10) Die entgegengesetzte Auffassung hat das O. Trib. im Präj. 838, Entsch. Bd. 6 S. 127, ausgesprochen. Allerdings haben an sich alle Theile der Kapitalforderung gleiche Priorität, aber der Gläubiger kann vor der Abzahlung beliebig einem Theile den Vorzug geben. Dies Recht kann ihm eine Theilzahlung nicht entziehen.

Digitized by Google

fremden — aber zu erhalten und so weiter zu cediren. Allerdings kann hierdurch die Lage eines späteren Gläubigers verschlechtert werden, welcher nach dem Gesammtpfandrecht nur auf dem einen Grundstück eingetragen ist, welches in der Haftung verbleibt. Indessen da jener Successor hierbei nicht als Realschuldner, sondern als Pfandberechtigter handelt, so ist nicht abzusehen, wie man ihm ein Recht, das jeder andere Berechtigte hat, versagen will.[11] Anders wenn der Gläubiger seine Befriedigung im Wege der Subhastation aus den Kaufgeldern eines Grundstücks erhält. Hier erlischt, wie früher gezeigt wurde, die Korrealhypothek auf dem mitverhafteten Grundstücke und ist die Löschung derselben durch den Subhastationsrichter von Amtswegen zu betreiben.[12]

Die Succession des Eigenthümers giebt demselben nicht bloß das Recht zur Weiterbegebung der Post, vielmehr erhält er eine selbständige Berechtigung an derselben. Er kann daher die Post auf seinen Namen umschreiben lassen.[13] Kommt es zur Subhastation des Grundstücks, so hat er wie ein dritter Pfandgläubiger ein Anrecht darauf, aus den Kaufgeldern nach Maßgabe der Stelle der Post befriedigt zu werden.[14] Im Falle seines Konkurses sind die Konkursgläubiger berechtigt, den auf ihn entfallenden Betrag zu liquidiren und zur Mobiliarmasse einzuziehen.[15] Wer als Eigenthümer ein Pfandrecht einmal erworben hat, kann dasselbe auch geltend machen, nachdem das Grundstück durch Veräußerung in die Hand eines Dritten übergegangen ist.[16]

---

11) Anderer Ansicht ist von der Hagen Hypothek des Eigenthümers S. 98 ff. Förster Pr. Pr. III. R. §. 200 Anm. 59. — Kommt es zur Subhastation, so kann sich der Eigenthümer frei entscheiden, aus welchem der gesammthaftenden Grundstücke er befriedigt sein will. Warum sollte er die Entscheidung nicht schon vorher durch Löschung der Post auf dem einen Grundstücke geben können? Wer sich hinter einer Korrealpost eintragen läßt, muß sich eben — insbesondere seit der Abänderung des Art. 56 der Konkursordnung — vergegenwärtigen, daß ihm die gesammte voreingetragene Summe vorgeht und daß er bei der Kreditirung den voraussichtlichen Pluswerth der ihm verpfändeten Sache allein in Anschlag bringen kann.

12) Konkursordnung Art. 56 sub 2 nach dem Gesetze vom 12. März 1869.

13) Dies haben schon früher mehrere Reskripte des Justizministeriums angenommen, während Andere die Zulässigkeit einer solchen Umschreibung bestritten. Das Gesetz über den E. E. §. 64 erkennt den Satz ausdrücklich an.

14) So das O. Trib. Striethorst Bd. 16 S. 54. Jetzt wird der Satz nicht mehr beanstandet werden können, nachdem das Gesetz über den E. E. §. 27 denselben zu Gunsten des Eigenthümers ausgesprochen hat, der eine Grundschuld für sich geltend machte. Dies Recht hat der Eigenthümer auch, wenn er der Ersteher ist.

15) Entsch. d. O. Trib. Bd. 12 S. 66. Striethorst Bd. 14 S. 142.

16) Bereits früher durch Plenarbeschluß festgestellt Entsch. des O. Trib. Bd. 5 S. 51. Der Eigenthümer kann daher, wenn er das Grundstück veräußert hat, die dingliche Klage gegen den neuen Eigenthümer anstellen. Auch steht ihm das Recht der Abtretung der Hypothek an Dritte zu. Vgl. Achilles zu §. 64 des Gesetzes über den E. E. Anm. 119.

Digitized by Google

VII. Rechtswirkungen der Hypothek und der Grundschuld.

§. 339. Einleitung. Besondere Vereinbarungen.

Ist das Pfandrechtsystem das vollkommenste, welches dem Gläubiger eine möglichst unantastbare Sicherheit gewährt und dabei doch dem Pfandschuldner freie Verfügung über das Pfandobjekt gestattet, so hat unsere Hypothek und Grundschuld eine hohe Stufe erreicht.

Dem Pfandschuldner bleibt der Besitz der Pfandsache selbst nach Fälligkeit seiner Schuld bis zur Einleitung einer Sequestration. Er kann über die Sache verfügen, z. B. die Kulturart des Grundstücks ändern, überflüssige Gebäude abreißen. Nur bei erheblichen Verschlechterungen darf der Gläubiger einschreiten. Der Eigenthümer kann fortan nicht nur Früchte, sondern auch Erträgnisse anderer Art gewinnen, deren Produktion das Grundstück, wie der Gläubiger wissen mußte, bestimmt war, z. B. die Ziegelerde bei Verpfändung einer Ziegelei, die bergmännische Förderung bei der eines Bergwerks bis zur Erschöpfung ausbeuten. Auch bewegliche Inventarienstücke kann er durch Abführung vom Pfandgrundstücke aus dem Pfandnexus bringen. Mieth- und Pachtkontrakte des Pfandschuldners sind für die Gläubiger verbindlich und können nur im Falle einer Subhastation zu Gunsten des Adjudikatars durch Kündigung für die Zukunft beseitigt werden. Wie nach römischem Rechte ist der Pfandschuldner berechtigt, das verpfändete Grundstück, selbst ohne Zustimmung der Gläubiger, im Ganzen oder in Parzellen zu veräußern, freilich unbeschadet des Pfandrechts. Kleinere Bestandtheile des Grundstücks darf er sogar unter Umständen hypothekenfrei veräußern. Alles dieses, so lange eine Beschlagnahme nicht eintritt.

Verfällt der Grundeigenthümer in Konkurs, so geht sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht an der Pfandsache in die Hände der Gläubigerschaft über. Doch darf sie dieses nur unbeschadet der Rechte der Realgläubiger ausüben.[1]

Die Rechte des Hypothekars und Grundschuldgläubigers sind im modernen Rechte wesentlich abweichend von denen des römischen Pfandgläubigers gebildet. Das römische Pfandrecht nahm die persönliche Thätigkeit des Berechtigten unmittelbar zu seiner Verwirklichung in Anspruch. Denn in Rom setzte sich der Hypothekar, falls seine Forderung fällig und nicht bezahlt war, durch die hypothekarische Klage in den Besitz des Pfandes[2] und er

1) Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §. 263, vgl. §. 59.
2) l. 16 §. 3 D. de pign. 20, 1.

Digitized by Google

nahm den Verkauf derselben in Person vor.[3] Dagegen geschieht bei uns die Verwirklichung des Hypothekenrechts durch das Gericht und der Pfandgläubiger hat nur das Recht, dessen Eingreifen zu fordern.[4] Es entspricht dies den wirthschaftlichen Verhältnissen der neueren Zeit, da dem Kapitalisten, welcher Realkredit giebt, die Selbstverwaltung eines Grundstückes und der Selbstbetrieb seines Verkaufs in der Regel keineswegs gelegen wäre.

Der Gläubiger kann jedoch durch besondere Vereinbarungen seine Rechte zum Theil erweitern.

1. Ein Vertrag über den Privatverkauf des Pfandobjekts durch den Pfandgläubiger ist nach preußischem Rechte nicht schlechthin ungiltig.[5] Fraglich ist aber, ob der Pfandgläubiger auf Grund dieses Vertrages die Auflassung des Pfandgrundstückes statt des eingetragenen Eigenthümers vollziehen kann. Verneint man dies, so kann die Veräußerung nur durchgeführt werden, wenn dem Gläubiger eine specielle Vollmacht zur Auflassung Seitens des Grundeigenthümers ertheilt ist und wenn diese nicht revocirt wird.[6]

2. Nach der Bestimmung des allgemeinen Landrechts ist der Vertrag ohne Wirkung, wonach die Pfandsache dem Gläubiger bei Ausbleiben der Zahlung für die Schuld oder einen im Voraus bestimmten Theil derselben verfallen sein soll, — die sogenannte lex commissoria. In den Gesetzen vom 5. Mai 1872 ist dieser Vertrag nicht erwähnt, so daß also das alte Recht bezüglich desselben in Kraft blieb. Auch die Aufhebung der sogenannten Wuchergesetze hat dasselbe nicht berührt.[7]

3. Der Gläubiger kann sich vertragsweise das Recht des Besitzes und Genusses des Pfandgrundstückes ausbedingen.[8] Namentlich ist eine Antichrese

---

3) Vgl. Dernburg Pfandrecht II §. 95 ff.

4) Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 §. 43.

5) L. R. I, 20 §. 29 ff. Die Motive des Regierungsentwurfs zu dem jetzigen §. 43 des Gesetzes über den E. E. folgern allerdings aus der Nichterwähnung des Privatverkaufs der verhypothecirten Sache durch den Pfandgläubiger im neuen Gesetze dessen Abschaffung. Indessen ist dieser Grund nicht durchschlagend.

6) So auch Bahlmann zum Gesetz über den E. E. §. 43 Anm. 173 sub a, etwas anders Förster G. B. R. S. 173.

7) L. R. I, 20 §. 33. cfr. l. 3 C. de pactis pignorum 8, 35. Das Fortbestehen des Verbots der lex commissoria pignorum ist streitig. Dasselbe ist nicht, wie die Motive des Regierungsentwurfs behaupteten, durch sein Nichterwähnen in den Gesetzen vom 5. Mai 1872 beseitigt. Aber auch das Bundesgesetz vom 14. November 1867 hat das Verbot nicht getroffen, da dessen nächster Zweck nicht ist, die Höhe der dem Gläubiger für die Kapitalüberlassung zufallenden Vergütung zu beschränken, sondern zu erzwingen, daß die Befriedigung des Gläubigers aus dem Pfande im Wege der Pfandveräußerung vor sich gehe. O. Trib. Entsch. Bd. 65 S. 38. Anderer Ansicht Förster G. B. R. S. 174, Achilles zu §. 43 des Gesetzes über den E. E.

8) G. B. O. §. 12 Abs. 2. Die Antichrese bedarf der Eintragung zur Wirksamkeit gegen Dritte.

Digitized by Google

möglich, bei welcher dem Gläubiger die Nutzungen des Pfandes anstatt der Zinsen seiner Forderung anheimfallen. Das Landrecht erforderte Bestätigung dieses Geschäfts durch den Richter, welcher nach vorgegangener Prüfung festzustellen hatte, daß dieses keine Umgehung der Gesetze über die Höhe der erlaubten Zinsen bezwecke.[9] Diese Bestätigung ist in Folge der Aufhebung der sogenannten Wuchergesetze gegenstandslos geworden und weggefallen.[10]

§. 340. Die hypothekarische Klage wegen Verschlechterung des Pfandgrundstücks.

Schon die gemeinrechtliche Jurisprudenz ließ die hypothekarische Klage ausnahmsweise vor Fälligkeit der versicherten Forderung im Falle einer Gefährdung des Gläubigers zu.[1] Das preußische Recht hat sich dem angeschlossen. Erhebliche Verschlechterungen des Grundstückes, welche die Sicherheit des Gläubigers bedrohen, berechtigen denselben, bei dem Proceßrichter Sicherungsmaßregeln zu beantragen, auch seine Befriedigung vor der Verfallzeit zu fordern.[2] Wichtigere Einzelfragen sind folgende:

1. Welche Verschlechterung erheblich sei, ist vom Richter nach den besonderen Umständen des Falles zu bemessen. Ein wesentlicher Faktor ist das Verhältniß des Werthes des Grundstückes zu dem Betrage der Forderung des Klägers. Bei einem großen Gute, auf welchem Kläger eine verhältnißmäßig geringe Summe an erster Stelle eingetragen hat, kann also leicht die Verschlechterung einer einzelnen Parcelle unerheblich sein, welche unter anderen Umständen in das Gewicht fiele. Es ist daher denkbar, daß nachstehende Gläubiger wegen Verschlechterung in Fällen klagberechtigt sind, in welchen der Erste nicht auftreten könnte. Nicht bloß die Verschlechterung des Pfandgrundstückes selbst, sondern auch die Verminderung seines beweglichen Zubehörs kann richtiger Ansicht nach das richterliche Einschreiten begründen, da auch in ihr eine Einbuße der ursprünglichen Sicherheit liegt.

2. Muß die Verschlechterung in einer Verschuldung des Grundeigenthümers ihren Grund haben? Es ist dies vom Gesetze nicht gefordert.[3] Daher

---

9) L. R. I, 20 §. 227 ff.

10) In Bezug auf Verwendungen wird ein solcher Pfandinhaber wie ein Pächter behandelt, L. R. I, 20 §. 239. — Leyser med. sp. 157 m. 9 und 10 zog die Analogie des Nießbrauchs herbei.

1) l. 14 pr. D. de pign. 20, 1. Dernburg Pfandrecht II S. 298.

2) Gesetz über den E. E. §. 50, enger war L. R. I, 20 §§. 441. 442 gefaßt.

3) Auch Abbruch eines Hauses zum Zweck eines Neubaues gehört hierher, da in den guten Willen und das Vermögen des Schuldners das Gebäude herzustellen, die Realsicherheit nicht zu setzen ist; Einwilligung des Gläubigers, auch mündliche, begründet eine exceptio doli. Striethorst Bd. 95 S. 86.

Digitized by Google

können die Schutzmaßregeln auch dann beantragt werden, wenn ein Dritter, z. B. ein Pächter oder Nießbraucher, ohne, oder gegen den Willen des Eigenthümers das Pfandobjekt verschlechtert hat. Der Antrag auf Sicherungsmaßregeln ist natürlich davon abhängig, daß es sich um eine noch fortdauernde Gefährdung handelt, deren Umsichgreifen durch entgegentretende Maßnahmen beschränkt werden kann; anderen Falles steht nur die Beitreibung der Forderung offen.

3. Welche Maßnahmen zum Schutze des gefährdeten Gläubigers zu treffen sind, richtet sich nach der Sachlage. Das Gericht kann Stellung einer Kaution verordnen, Veräußerungsverbote unter Hinweisung auf die gesetzliche Strafe erlassen, äußersten Falles die Pfandsache sequestriren.

Die Klage ist nicht bloß gegen den Eigenthümer des Grundstücks, sondern auch gegen andere Besitzer, insbesondere auch den Nießbraucher zulässig, soweit es sich um Sicherungsmaßregeln handelt.[4]

§. 341. Die ordentliche hypothekarische Klage.

Regelmäßiger Zweck der hypothekarischen Klage ist bei uns die Anerkennung der Vollstreckbarkeit der Pfandansprüche des Klägers in das Grundstück. Die Klage ist eine dingliche,[1] so daß sie ausschließlich dem Gerichtsstande der belegenen Sache unterliegt.[2] Sie kann aber durch vollständige Zahlung der Pfandschuld abgewendet werden und dies pflegt seinen Ausdruck darin zu finden, daß der Realschuldner zu deren Zahlung bei Vermeidung der Exekution in das Pfandobjekt klagweise aufgefordert und schließlich verurtheilt wird. Da sich die Klage auf die Eintragung im Grundbuche stützt, so ist dieselbe im Wege des Mandatsprocesses durchführbar, wenn die Fälligkeit liquid gemacht werden kann.[3]

1. Klagberechtigt ist der derzeitige Gläubiger der Hypothek oder der Grundschuld. Vor Allem also der im Grundbuche eingetragene Gläubiger, ferner der Rechtsnachfolger desselben, auch wenn er im Grundbuche nicht eingetragen ist.

In diesem Falle hat er natürlich die Abtretungen oder Ueberweisungen darzuthun, durch welche er sein Recht auf den als Gläubiger Eingetragenen zurückführt. Der bloße Besitz des Hypotheken- oder Grundschuldbriefes genügt

---

4) Striethorst Bd. 82 S. 198 ff. Gruchot Bd. 22 S. 767.

1) Gesetz über den E. E. §. 37.

2) A. G. O. I, 2 §. 111. R. C. P. O. §. 25.

3) Gesetz vom 1. Juni 1833 §. 1 unter 2. Nach der R. C. P. O. §. 555 f. ist der Urkundenproceß zulässig, vorausgesetzt, daß sämmtliche Klagthatsachen durch Urkunden beweisbar sind.

Digitized by Google

der Regel nach zu seiner Legitimation nicht; nur bei demjenigen Grundschuldbriefe reicht er aus, welcher von einem Gläubiger, dessen Legitimation feststeht, mit einer Blankocession versehen ist.

Der Verklagte kann, sofern die Hypothekenurkunde der Klage nicht in Urschrift beigefügt ist — was beim Mandatsproceß übrigens processualisch nothwendig ist —, deren Vorlegung im Wege der Einrede erzwingen, da er Zahlung nur für den Fall, leisten muß, daß der Kläger das Dokument besitzt und ihm daher löschungsfähige Quittung geben kann.[4]

2. Die Klage ist zu richten gegen den Eigenthümer der Pfandsache. Als solchen kann der Kläger den im Grundbuche als Eigenthümer Eingetragenen in Anspruch nehmen.[5] Er ist aber auch befugt, gegen einen nicht eingetragenen Eigenthümer Klage zu erheben. Nicht weniger ist belangbar der vollständige Besitzer, welcher kein Eigenthum hat, wohin auch der Käufer zu rechnen ist, welchem ein Grundstück nach dem 1. Oktober 1872 zwar tradirt, aber nicht aufgelassen ist. Steht das Pfandgrundstück im Miteigenthum Mehrerer, so kann zwar gegen einen einzelnen Miteigenthümer geklagt werden, allein die Forderung würde im Falle seiner Verurtheilung doch nur in dem ihm gehörigen ideellen Theile vollstreckbar, weshalb der Gläubiger der Regel nach sämmtliche Miteigenthümer belangen wird. Ist der Eigenthümer in Konkurs gerathen, so ist die hypothekarische Klage gegen den Verwalter seiner Masse zu richten.[6]

3. Die hypothekarische Klage setzt voraus, daß eine Pfandschuld bestehe und fällig sei. Die Existenz der Pfandschuld ergiebt sich regelmäßig aus der Eintragung. Nur bei der Klage aus der Kautionshypothek hat, wie früher bemerkt wurde, Kläger das Erwachsen einer Forderung aus dem eingetragenen Grundverhältniß besonders darzuthun. Zweifelhaft ist, ob eine hypothekarische Klage aus einer bloßen Vormerkung erhoben werden kann. Es ist dies richtiger Ansicht nach dann zuzulassen, wenn die Voraussetzungen einer endgiltigen Eintragung vorhanden sind und dargethan werden können.[7]

Die Fälligkeit der Pfandforderung ist meist von einer vorgängigen Kündigung abhängig. Dieselbe steht je nach der Vereinbarung bald jederzeit, bald erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit, bald unter gewissen anderen Voraussetzungen, z. B. unpünktlicher Zinsenzahlung, offen. Die Bedingungen der Kündigung können für den Gläubiger und Pfandschuldner verschiedene sein.

---

4) Vgl. oben §. 336.
5) Gesetz über den E. E. §. 7.
6) Konkursordnung §. 263. R. K. O. §. 5 Abs. 2.
7) Andrer Ansicht Roth bayer. C. R. II S. 456.

Digitized by Google

Die Kündigung ist ein einseitiger Akt des Kündigenden, welcher sich durch die Mittheilung an den Gegner vollendet.[8] Sie kann außergerichtlich oder gerichtlich geschehen. Ihre Verbindung mit der Mandatsklage ist derart zulässig, daß man dem Pfandschuldner schon jetzt ein Mandat zustellt, durch welches die Befriedigung mit Ablauf der Kündigungsfrist verlangt wird.[9] Die Kündigung muß an den Eigenthümer der Pfandsache erfolgen; es genügt aber, daß sie an den im Grundbuche als Eigenthümer Eingetragenen geschieht. Erfolgte die Kündigung an den, welcher im Augenblicke ihrer Vornahme Eigenthümer war, so kann es, da sie sich einmal rechtsgültig vollzogen hat, ihrer Wirksamkeit nichts schaden, wenn vor Ablauf der Kündigungsfrist die Inhaberschaft des Pfandrechts oder das Eigenthum am Pfandgrundstücke wechselt.[10]

Die Fälligkeit der Hypothekenforderung ist nicht bedingt durch die Fälligkeit der zu Grunde liegenden persönlichen Schuld. Es kann z. B. dem Eigenthümer der Pfandsache gekündigt sein, ohne daß zugleich eine Kündigung an den persönlichen Schuldner erfolgte, wodurch die eingetragene Forderung dem Eigenthümer gegenüber fällig wurde, ohne daß das Gleiche dem persönlichen Schuldner gegenüber eintritt.

§. 342. Einreden gegen die hypothekarische Klage.

Bereits dem allgemeinen Landrechte gehört der Gedanke an, daß gegen eine Hypothek, die ein Dritterwerber geltend macht, Einreden aus der Person seiner Vorgänger nur dann vorgeschützt werden können, wenn sie im Grundbuche eingetragen oder dem Erwerber beim Erwerbe bekannt waren.[1] Man gründete diese Rechtssätze, welche raschen Umsatz der Hypotheken ermöglichen sollten, auf den öffentlichen Glauben des Buches. Die Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 — §. 15 — hat weitere Konsequenzen dieser Sätze gezogen. Bei Entwerfung des jetzigen Grundbuchrechts herrschten ursprünglich noch durchgreifendere Tendenzen, indem man auch dem ersten Nehmer der Hypothek gegenüber alle Einreden abschneiden wollte, welche sich auf die Entstehung des Grundschuldverhältnisses gründeten. Man erblickte hierin eine Konsequenz des Konsensprincipes und glaubte durch eine solche

8) Vgl. über die Kündigung im Allgemeinen unten Bd. 2 §. 60.

9) Kab. O. vom 17. Oktober 1833. Ueber die R. C. P. O. vgl. oben §. 13 Anm. 8.

10) Entsch. des O. Trib. B. 39 S. 138.

1) L. R. I, 20 §§. 422. 423. Anhang §. 53 zu L. R. I, 20 §. 511. Es bezog sich dies nur auf die Hypothek, nicht auf die zu Grunde liegende Forderung und die hieraus entspringende persönliche Klage. So auch noch jetzt, vgl. Striethorst Bd. 97 S. 280.

Digitized by Google

Unerschütterlichkeit der Hypothek dem Realkredit neue Stützen zu geben.[2] Allein die Absicht des Regierungsentwurfes, den ersten Nehmer der Hypothek von Einreden zu entlasten, die ihm gegenüber entstanden waren, stieß derart auf Widerspruch, daß man bei der schließlichen Feststellung des Gesetzes im Wesentlichen auf die Grundsätze des allgemeinen Landrechts zurückkam.[3] Dieselben sind in Uebereinstimmung mit dem System des Wechselrechts über die gegen einen Wechsel zuständigen Einreden.[4]

In Folge der Beschränkung der Einreden ist von besonderer Wichtigkeit, zu entscheiden, was Leugnung der Klage und was Einrede bildet. Zur Klagbegründung gehört nach §. 37 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb aber nur die formgerechte Eintragung des Klägers, wozu noch die Behauptung der Fälligkeit der Post kommt, sofern sie nicht schon aus der Eintragung erhellt. Dem Gebiete der Einrede gehört hiernach auch die Behauptung an, daß die Eintragung nicht mit der Eintragungsbewilligung übereinstimme, owie, daß andere für die Eintragung an sich erforderte Unterlagen, z. B. die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Verpfändung von Grundstücken eines Mündels, fehlten. Die Behauptung der Fälschung des Eintrags bildet hingegen eine Leugnung des Klaggrundes.

Im Einzelnen gestaltet sich die Sache hiernach folgendermaßen:

1. Gegen den ursprünglichen Hypothekar und Grundschuldgläubiger sind Einwendungen unbeschränkt zulässig. Dieselben können in der Behauptung der Nichtigkeit des Pfandrechts bestehen, z. B. wegen Mangels des Konsenses, oder in wesentlichem Irrthum oder der Handlungsunfähigkeit des Bewilligenden begründet sein. Es kann ferner der Verklagte, falls eine Hypothek oder accessorische Grundschuld eingeklagt wird, seinem ursprünglichen Gläubiger gegenüber Einwendungen aus der zu Grunde liegenden Forderung vorschützen, z. B. wegen Mängeln der Kaufsache, wenn das Pfandrecht zum Schutze einer Kaufgelderforderung bestellt war. Endlich kann sich der Verklagte darauf berufen, daß die Voraussetzungen, welche einverständlich der Pfandbestellung zu Grunde lagen, nicht erfüllt sind, daß z. B. die für die Grundschuld versprochene Valuta nicht an ihn gezahlt wurde.[5]

2. Beschränkungen der Einreden treten ein gegenüber dritten Erwerbern des Pfandrechts. Als Dritte sind zu erachten solche Personen, welche die

2) Vgl. Förster G. B. R. S. 189 ff.

3) Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 §. 38.

4) D. W. O. Art. 82.

5) Einer Grundschuld, die an Zahlungsstatt gegeben ist, können Einreden, welche der ursprünglichen Forderung gegenüberstanden, dann nicht entgegengestellt werden, wenn auch die Zahlung dieser Forderung unanfechtbar wäre. So bei verbotenen Spielschulden. Achilles Gesetz über den E. E. §. 38 Anm. 60, b.

Digitized by Google

Post im Wege der Singularsuccession zu eigenem Rechte erworben haben. Daher nicht der Konkurskurator, welcher Namens des Gemeinschuldners einen diesem zustehenden hypothekarischen Anspruch geltend macht, ebensowenig der Assignatar, da auch er ein fremdes Recht ausübt.[6]

Die Formulirung des Gesetzes ist in Bezug auf die Einreden gegen Dritte bei Grundschulden und Hypotheken eine sehr verschiedene. Bei genauerer Betrachtung ergiebt sich aber, daß die Verschiedenheiten nicht grundsätzlicher Natur sind, sondern in Wirklichkeit nur Untergeordnetes betreffen. Die Abweichung der Fassung erklärt sich durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Bei der vom Herrenhause im Gegensatze zum Regierungsentwurfe vorgenommenen Scheidung von Hypotheken und Grundschulden beabsichtigte man ursprünglich, beide Institute nach entgegengesetzten Grundsätzen auch bezüglich der Einreden zu regeln. Bei der Hypothek sollten sie auch gegen dritte Erwerber unbeschränkt zustehen, da man derselben eine streng accessorische Natur beilegen wollte; dagegen traf man bei den Grundschulden nach dem Vorbilde der Wechselordnung Beschränkungen der Einreden gegenüber dritten Erwerbern.[7] Das Abgeordnetenhaus hingegen stellte auch in Bezug auf die Einreden gegenüber Hypotheken die bisherigen landrechtlichen Bestimmungen im Wesentlichen wieder her, versäumte es aber, die Fassung für die beiden Arten des Pfandrechts in Uebereinstimmung zu bringen. Demnach gilt für die Hypothek wie für die Grundschuld, daß der Kläger nur solchen Einreden unterliegt, welche der Verklagte unmittelbar gegen ihn erwarb, desgleichen denjenigen, welche aus der Person seines Vorgängers stammen, wenn sie eingetragen waren, oder wenn er sie sonst beim Erwerb kannte.[8] Dabei besteht aber der Unterschied, daß gegen die Hypothek alle Einreden zulässig sind, welche zur Zeit des Erwerbs im Grundbuche eingetragen waren, während bei der Grundschuld nur diejenigen in Betracht kommen, welche auch auf dem Grundschuldbriefe vermerkt waren.[9] Ferner ist der Erwerber einer

---

6) Striethorst Bd. 18 S. 68 ff. Entsch. des O. Trib. Bd. 30 S. 442. Dagegen genießt den Schutz gegen Einreden, wenn die Hypothek im Wege der Exekution mit den Wirkungen einer Cession übereignet ist, Striethorst Bd. 97 S. 138.

7) In dem Berichte der Herrenhauskommission tritt dies nicht deutlich hervor.

8) Der Excipient hat die Bekanntschaft des Erwerbers mit den der Einrede zu Grunde liegenden Thatsachen zu erweisen. Einreden, welche aus der dem Hypothekenbriefe vorgehefteten Schuldurkunde sich ergeben, gelten als bekannt. Als redlich kann aber auch nicht gelten, wer einen Hypothekenbrief getrennt von der Schuldurkunde erwarb, wenn in dieser Einreden bezeugt waren. Denn der Erwerber hätte die Einsicht der zu Grunde liegenden Urkunde fordern müssen. Anders Förster Bd. 3 §. 198 Anm. 31.

9) Sofern die nachträgliche Eintragung von Einreden im Grundbuche nur geschehen darf, wenn gleichzeitig die nachträgliche Eintragung auf dem Hypothekenbriefe vermerkt wird, ist dieser Unterschied nicht sehr erheblich. Daß dies aber der Wille der G. B. O. ist, geht hervor aus G. B. O. §. 131, ferner aus G. B. O.

Digitized by Google

Hypothek gegen unbekannte Einreden nur geschützt, wenn er nachweisbar gegen Entgelt erwarb; dagegen wird für die Grundschuld vom Gesetze ein Unterschied zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb nicht gemacht.

Eine besondere Stellung nehmen gemäß ihrer accessorischen Natur die Kautionshypotheken ein, so daß sich auch der dritte Erwerber sämmtliche auf die Forderung bezügliche Einreden gefallen lassen muß.[10] Auch die Ansprüche auf Zinsenrückstände unterliegen im Falle einer Abtretung allen Einreden aus der Person des Vorgängers, sofern sie sich nicht aus der Frage der Geltung der Kapitalforderung herleiten.[11]

Schlechthin ausgeschlossen sind gegenüber Hypotheken wie Grundschulden diejenigen Einreden, welche den Uebergang dieser Rechte auf den eingetragenen Rechtsvorfahr des Klägers in Abrede stellen. Da der Schuldner schlechthin gesichert ist, wenn er demjenigen zahlt, welcher sein Recht von einem Eingetragenen herleitet, so nahm man an, daß er kein Interesse dabei habe, dessen Legitimation in Frage zu stellen. Dagegen ist die Behauptung zulässig, daß der Cessionar nur zu dem Zwecke vorgeschoben sei, um Einreden gegen seinen Vorgänger unschädlich zu machen; denn hierdurch wird nicht die Legitimation des Cessionars als solche angefochten, sondern eine exceptio doli vorgebracht, wie sie auch gegen Wechsel vorgeschützt werden kann.[12]

§. 343. Gerichtliches Zwangsverfahren. Einleitung.

Die Befriedigung der Hypothekarien und Grundschuldgläubiger geschieht letztlich durch gerichtliche Zwangsvollstreckung. In Folge derselben wird das Grundstück und alles Zubehör desselben von dem übrigen Vermögen des Realschuldners abgesondert und zur Tilgung derjenigen Forderungen verwendet, welche das Grundstück dinglich verhaften oder gegen dessen Besitzer vollstreckbar sind. Das Verfahren läßt sich als eine Art von Specialkonkurs bezeichnen. Dasselbe bezweckt entweder die Vertheilung der Nutzungen des Pfandgrundstücks unter die Gläubiger in Folge der Beschlagnahme derselben oder die Veräußerung der Substanz des Grundstücks durch Subhastation. Neben

---

§. 129. Die Tendenz dieser Bestimmungen war, möglich zu machen, daß man Hypotheken sicher auch ohne Einsicht des Buches erwerben kann. Die Eintragung von Einreden ist aber hierdurch allerdings für die Regel praktisch unmöglich gemacht.

10) Vgl. oben §. 332.

11) Gesetz über den E. E. §. 39.

12) Das Obertribunal nahm auf Grund des früheren Rechtes an, daß der Cessionar einer Hypothek, über welche ein Hypothekendokument nicht ausgefertigt sei, Einreden unbeschränkt unterliege. Striethorst Archiv Bd. 68 S. 271. Die Fassung des neuen Grundbuchrechts unterstützt dies nicht. Obgleich solche Hypotheken der Erleichterung der Cirkulation nicht, wie die verbrieften, bedürfen, hat sich das O. Trib. Entsch. Bd. 75 S. 294, Striethorst Bd. 94 S. 118 für die Beschränkung von Einreden gegenüber dem bona fide Erwerber einer unverbrieften Hypothek erklärt.

Digitized by Google

diesen Mitteln der Vollstreckung ist die gerichtliche Immission des Pfandgläubigers in das Pfandgrundstück, welche das Landrecht erwähnte,[1] unpraktisch geworden.

Das frühere preußische Recht ließ die besondere Vollstreckung in das Pfandgrundstück nur dann und so lange zu, als nicht der Konkurs über das Vermögen des Realschuldners ausgebrochen war.[2] Es entsprach dies der gemeinrechtlichen Praxis, wie sie sich auf Grund der Lehre der Postglossatoren ausgebildet hatte, indem man hierin eine Konsequenz der Attraktivkraft des Konkurses erblickte. Hiernach war gefordert, daß sich die Hypothekarien im Konkurse meldeten und aus der Masse desselben ihre Befriedigung je nach ihrem Vorrange erwarteten.

Die neuere Gesetzgebung hat dies geändert.[3] Die Hypothekarien nehmen jetzt, soweit sie sich an den Pfanderlös halten wollen, an dem allgemeinen Konkurse über das Vermögen des Realschuldners nicht mehr Theil. War daher ein von einem Pfandgläubiger beantragtes Subhastationsverfahren bereits im Gange, so wird dessen Fortschreiten durch die Konkurseröffnung nicht behindert. War aber bei Ausbruch des Konkurses eine Subhastation noch nicht eingeleitet, so kann dieselbe von jedem Realgläubiger beantragt werden, dessen Forderung vollstreckbar ist. Zur Erlangung der Vollstreckbarkeit ist der Realgläubiger befugt, die hypothekarische Klage gegen den Konkursverwalter anzustellen. Andererseits kann auch der Konkursverwalter die Subhastation wie die Sequestration verpfändeter Grundstücke betreiben.[4]

Es ist Aufgabe des Verwalters der Konkursmasse, die Immobiliarmasse, auf welche die Realgläubiger ein vorzügliches Recht haben, von der Gemeinmasse zu sondern, die allen Gläubigern bestimmt ist. Zu der Immobiliarmasse gehören alle Objekte und Rechte, welche vom Pfandrechte unmittelbar oder in Folge einer Beschlagnahme mitergriffen werden; demnach außer dem Grundstücke selbst, dessen bewegliches Zubehör, wohin auch veräußerte Stücke zu rechnen sind, wenn sie sich zur Zeit der Konkursordnung noch auf dem Grundstücke befanden, ferner stehende und getrennte, noch nicht vom Grundstücke abgeführte oder veräußerte Früchte, rückständige Mieth- und Pachtgelder und verfallene Versicherungsgelder. Hat der Verwalter der Konkursmasse die Immobiliarmasse nicht richtig bestimmt, so können die Interessenten, also die persönlichen wie die Realgläubiger, auf Berichtigung klagen.[5] Verwendungen,

1) L. R. I, 20 §. 490.

2) A. G. O. I, 50 §. 144.

3) Zuerst Gesetz vom 28. December 1840, dann Konkursordnung §§. 2. 263, R. Konk. Ordn. §. 39.

4) Konkursordnung §. 268 ff. R. Konk. Ordn. §. 116.

5) Striethorst Archiv Bd. 55 S. 183.

Digitized by Google

welche aus der einen in die andere Masse gemacht wurden, sind in Rechnung zu stellen und zu vergüten. Der besonderen Rechtsstellung der Realgläubiger entspricht es, daß der Zinsenlauf ihrer Forderungen, soweit es sich um Befriedigung aus dem Pfande handelt, nicht mit der Einleitung des Konkurses gehemmt wird, wie dies bei chirographarischen Forderungen der Fall ist.[6]

§. 344. Beschlagnahme der Gutseinkünfte.

Die Befriedigung der laufenden Ansprüche der Realgläubiger kann mittels Beschlagnahme der Einkünfte des Pfandgrundstücks geschehen. Bei der Revenüenhypothek — z. B. im Falle der Verpfändung eines Lehns- oder Fideikommißgutes — wird auch die Kapitalschuld auf diesem Wege berichtigt.

Eine Sequestration des Grundstücks ist mit der Beschlagnahme seiner Einkünfte nicht nothwendig verbunden, jedoch meist zur vollständigen Sicherung ihrer Wirkungen erfordert.[1] Der Sequester kann das Grundstück entweder selbst verwalten oder vermiethen und verpachten. Die Ausweisung des Grundeigenthümers aus seinem Grundstücke ist keine selbstverständliche Folge der Sequestration, aber zulässig, wenn sie durch die Interessen der Gläubiger bedingt wird, z. B. bei verpfändeten Wohnungsgrundstücken.[2] Der dem Sequester gegebene Auftrag bringt es mit sich, daß er wegen der nach Einleitung der Sequestration fällig werdenden Hebungen, Mieth- und Pachtzinsen klagberechtigt ist,[3] nicht weniger, daß ihm die possessorischen Rechtsmittel zustehen. Ein weiteres Vertretungsrecht der Gläubiger oder des Grundeigenthümers hat er nicht.[4]

Aus den Einkünften des Grundstücks sind zunächst die laufenden öffentlichen und gemeinen Abgaben und Leistungen, dann die Verwaltungsausgaben zu bestreiten. Hierauf werden die Zinsen und Jahresleistungen der Realrechte nach Ordnung ihres Ranges[5] an ihren Fälligkeitsterminen berichtigt. Der nach Befriedigung dieser Ansprüche etwa verbleibende Ueberschuß des Ertrages fließt zur Kaufgeldermasse, wenn die nothwendige Subhastation des Grundstückes eingeleitet ist. Andernfalls können ihn die einzelnen Gläubiger im Wege der Exekution in Beschlag nehmen.

---

6) Konkursordnung §. 12. R. K. O. §. 39 Abs. 2, vgl. A. G. O. I, 50 §. 152.

1) A. G. O. I, 24 §. 116 ff.

2) Dagegen Preuß. Anwaltszeitung I, S. 154 ff.

3) L. R. I, 14 §§. 105. 106, Reskript vom 22. Februar 1833 bei Rönne Erg. 5. Ausg. Bd. 3 S. 457.

4) L. R. I, 14 §. 123 ff.

5) Konkursordnung §. 57 ff.

Digitized by Google

Behufs der Revenüenvertheilung[6] ist vom Gericht ein Termin anzuberaumen, zu welchem der Schuldner, der Extrahent der Beschlagnahme und die aus dem Grundbuch ersichtlichen, ihrem Aufenthalte nach bekannten Realgläubiger vorzuladen sind unter der Verwarnung, daß Ausbleibende die Zahlungen nicht anfechten können, welche auf Grund der im Termine erfolgten Regulirung geschehen sind. Streitfragen, welche sich im Termine erheben, werden zum besonderen Prozeßverfahren verwiesen und inzwischen die streitigen Beträge zum gerichtlichen Depositum genommen. Auch der Betrag, welcher auf eine eingetragene [redacted] entfällt, deren Eigenthümer unbekannt ist, wird gerichtlich deponirt.

§. 345. Die Subhastation.[1]

Die Subhastation, d. h. die gerichtliche Veräußerung von Grundstücken an den Meistbietenden, ist hier darzustellen als wichtigstes Mittel der zwangsweisen Befriedigung der Realgläubiger, wenn sie auch keineswegs allein für diese bestimmt ist.

Der Subhastation fähig[2] sind die Grundstücke im Verkehr und selbständige Gerechtigkeiten, welche die Eigenschaften unbeweglicher Sachen haben. Außerdem sind noch subhastirbar Sachen, welche ohne Naturalübergabe verpfändbar sind, also Seeschiffe und der Frachtschifffahrt dienende Flußschiffe.[3] Die gerichtliche Versteigerung anderer beweglicher Sachen — die Auktion — unterliegt abweichenden Grundsätzen.

Die Subhastation ist entweder eine nothwendige oder eine freiwillige. Nothwendig ist die gegen den Eigenthümer von Seiten eines Gläubigers behufs Befriedigung seiner Forderung oder Seitens eines Miteigenthümers behufs Theilung zwangsweise eingeleitete Subhastation. Die von dem Bene-

---

6) Konkursordnung §. 417 ff.

1) Quellen: L. R. I, 11 §. 348 ff. Konkursordnung vom 8. Mai 1855, insbesondere §§. 383—402, Subhastationsordnung vom 15. März 1869. Aeltere Quellen sind: A. G. O. I, 52, Verordnung vom 4. März 1834 über den Subhastations- und Kaufgelderliquidationsproceß. — Litteratur: Merkel Subhastation im Rechtslexikon X S. 600 ff. Koch Recht der Ford. III §. 331. Gruchot Bd. 11 S. 145 ff. E. Schmidt das Subhastationsverfahren, Breslau 1872, dazu Gruchot Bd. 17 S. 307. Vgl. auch Strippelmann Subhastationsverfahren, Kassel 1852. Es gehören hierher ferner die Kommentare zur Subhastationsordnung, insbesondre von Jäckel 1878. Eine Umarbeitung der Subhastationsordnung, welche das Verfahren mit der Organisation der Reichsjustizgesetze in Einklang setzt, ist zu erwarten.

2) Subhastationsordnung von 1869 §. 1, vgl. S. O. vom 4. März 1834 §. 1.

3) L. R. I, 20 §. 300 hat die Verpfändung solcher Schiffe durch sogenannte symbolische Uebergabe zugelassen und damit die Möglichkeit einer Verpfändung angebahnt, welche sich der Verhypothecirung von Immobilien nähert. Zulässig ist auch die Subhastation eines ideellen Antheils an einem subhastationsfähigen Objekte. E. G. vom 5. Mai 1872 §. 21. §. 43 Abs. 2. Vgl. unten §. 350 Anm. 6.

Digitized by Google

ficialerben beantragte Subhastation wird gleichfalls als nothwendige behandelt.[4] Freiwillig ist die Subhastation, wenn sie durch den Eigenthümer oder dessen Vertreter extrahirt wurde, insbesondere die durch den Vormund veranlaßte gerichtliche Veräußerung von Mündelgut und die von sämmtlichen Miteigenthümern geforderte Subhastation gemeinsamer Grundstücke.[5]

Bei der freiwilligen Subhastation handelt das Gericht als Vertreter des Antragstellers nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften. Dagegen ist es zweifelhaft, in welcher Eigenschaft der Richter bei der nothwendigen Subhastation, und insbesondere der behufs Beitreibung einer Forderung eingeleiteten auftritt. Verkauft der Richter, wie die Einen behaupten, als Mandatar des betreibenden Gläubigers,[6] oder ist er, wie Andere annehmen, Vertreter des Subhastaten?[7] — Besonders nahe liegt es, den Richter als den Vertreter des Extrahenten der Subhastation anzusehen, dessen Pfandrecht er verwirklicht. Denn der Extrahent setzt durch seinen Antrag das Verfahren in's Werk und ist befugt, mittels dessen Zurückziehung dasselbe aufzuheben, und zwar bis zum Schlusse des Versteigerungsprotokolls.[8] So scheint das Gericht nur der Arm des Gläubigers zu sein, durch welchen derselbe handelt. Gegen diese Auffassung spricht indessen, daß die Subhastation nicht bloß von Realgläubigern, sondern auch von bloß persönlichen Gläubigern beantragt werden kann, wenn deren Forderungen vollstreckbar sind und ihr Schuldner Eigenthümer subhastationsfähiger Objekte ist. Solche Gläubiger aber besitzen kein dingliches Recht an der Sache, welches der Richter in ihrem Namen ausüben könnte, sondern sie haben nur Schutz durch richterliche Hülfe zu erwarten. Auch entspricht es jener Konstruktion nicht, daß der Erlös der Subhastation unter alle Betheiligten nach Maßgabe ihres Vorranges vertheilt wird, so daß der Extrahent möglicherweise völlig leer ausgeht. Ein letzter Grund dagegen, daß das Gericht als Mandatar des Extrahenten verkauft, liegt darin, daß dieser befugt ist, bei der Subhastation mitzubieten; mit sich selber zu kontrahiren, ist aber unzulässig. Aber auch als Vertreter des Eigenthümers der subhastirten Sache tritt der Richter nicht auf. Der Subhastat muß die Veräußerung seines Grundstücks dulden, er

---

4) Subhastationsordnung von 1869 §. 112.

5) Vgl. V. O. vom 5. Juli 1875 §. 44. Das Verfahren bei der freiwilligen Subhastation regelt die V. vom 6. April 1839 und die ministerielle Instruktion vom 20. Mai desselben Jahres.

6) Koch Recht der Ford. Bd. 3 S. 820. Jäckel a. a. O. S. 76. Striethorst Archiv Bd. 76 S. 343. Bd. 78 S. 21. Bd. 79 S. 188. Bd. 80 S. 135.

7) So u. A. das O. T. bei Striethorst Archiv Bd. 60 S. 167. Entsch. Bd. 44 S. 77. Gruchot Bd. 11 S. 163.

8) Subhastationsordnung von 1869 §. 32.

Digitized by Google

ist aber nicht selbst handelnde Person. Daher hat er auch nicht für Gewährleistung einzustehen. Ebenso ist ihm gestattet, mitzubieten.[9]

Die Thätigkeit des Richters bei der nothwendigen Subhastation bildet eine öffentliche Funktion, welche nicht auf die Vertretung einer Partei zurückzuführen ist.[10] Der Richter veräußert das rechtmäßig zur Subhastation gestellte Objekt zwar auf Antrag, aber kraft obrigkeitlicher Machtvollkommenheit, er überträgt, was Private nicht vermöchten, Eigenthum durch Zuschlag auf den Ersteher und setzt ihn in den Naturalbesitz kraft seines richterlichen Amts. Der Ersteher erhält nicht, wie bei gewöhnlichen Kaufverträgen, eine Klage aus dem Kauf auf Erfüllung, und zwar weder gegen die Extrahenten der Subhastation, noch gegen den Subhastaten, noch gegen den Richter,[11] nur beim Fehlen angegebner Bestandtheile erwachsen ihm Ansprüche auf Rückgewähr bezahlter Beträge gegenüber den Percipienten oder, falls dieselben noch nicht bezahlt sind, auf Befreiung.[12] Andrerseits begründet der Richter seinerseits im Laufe des Verfahrens Forderungen auf die Kaufgelder, wie auch von andrer Art, z. B. auf Kautionen, zu Gunsten derer, die es angeht, d. h. der Perceptionsberechtigten, wie sie sich nach Maßgabe ihrer Priorität dereinst ergeben werden. Wenn aber auch der Richter für diese Personen handelt, so ist er um deswillen nicht ihr Vertreter. Die Betheiligten sind nicht befugt, aus Mandat oder auch unbeauftragter Geschäftsführung gegen ihn zu klagen, etwaige Ansprüche wegen Verschuldung des Richters wären außerkontraktliche, die mit der Syndikatsklage geltend zu machen wären, und nur einen subsidiären Charakter hätten.

§. 346. Beim Verfahren Betheiligte.

Bei einer nothwendigen Subhastation sind betheiligt

1. das Subhastationsgericht, d. h. das Gericht erster Instanz, in dessen Sprengel das Grundstück liegt oder das Recht ausgeübt wird oder das Schiff sich befindet, welches zur Subhastation kommen soll. Die besondere Leitung des Verfahrens steht einem einzelnen mit diesem Geschäfte

---

9) Vgl. insbesondere Gesetz über den E. E. §. 46.

10) Dernburg Pfandrecht II S. 257 ff. Meibom Mecklenburg. Hypothekenrecht S. 204.

11) Dies trotzdem, daß L. R. I, 11 §. 340 ausspricht: auch bei gerichtlichen Verkäufen finden die allgemeinen Grundsätze von Kaufsgeschäften überhaupt Anwendung. Vgl. unten §. 350 Anm. 3.

12) L. R. I, 20 §. 216 will nichts Andres besagen.

Digitized by Google

betrauten Mitgliede des Gerichts zu, dem sogenannten Subhastationsrichter.[1] Ueber streitige Rechtsfragen hat der Proceßrichter zu entscheiden.[2]

2. Antragsteller — Extrahent — der Subhastation kann jeder Gläubiger sein, welchem eine Geldforderung zusteht. Vorausgesetzt ist die Vollstreckbarkeit seiner Forderung in das Subhastationsobjekt.[3] Diese Vollstreckbarkeit kann sich gründen auf ein vorgängiges Proceßverfahren, in bestimmten Fällen tritt aber die Vollstreckbarkeit einer Forderung auch ohne vorgängiges processualisches Verfahren ein.[4]

Dem Antrage auf Subhastation kann bis zum Schluß des Versteigerungstermins jeder Gläubiger beitreten, welcher eine in das Grundstück vollstreckbare Forderung hat. Der Beitretende — Adhärent — hat ähnliche Rechte wie der ursprüngliche Antragsteller; insbesondere wird der Antrag auf Zurücknahme der Subhastation nur im Falle seiner Einwilligung wirksam.[5]

3. Außer den Antragstellern — den Extrahenten und Adhärenten — gelten als bei der Subhastation betheiligt die Realberechtigten, welche der bei Einleitung der Subhastation vom Grundbuchamte auszustellende Hypothekenschein aufführt oder die, ohne eingetragen zu sein, sonst glaubhaft angemeldet

---

1) Subhastationsordnung vom 15. März 1869 §. 2. Nach R. C. P. O. §. 755 ist das Amtsgericht des belegenen Grundstücks zuständig. Ueber die Fälle, in welchen sich der Gegenstand der Subhastation in mehrere Gerichtsbezirke erstreckt, oder mehrere in verschiedenen Bezirken belegene Grundstücke desselben Eigenthümers subhastirt werden sollen oder die Zuständigkeit eines Gerichts in Folge eines Streites über die Bezirksgrenzen in Frage steht, siehe Subhastationsordnung §. 3. R. C. P. O. §. 756. Die etwaige Unzuständigkeit des subhastirenden Richters giebt übrigens keinen Nichtigkeitsgrund ab. Vgl. Subhastationsordnung §. 39.

2) Subhastationsordnung §§. 35. 36. 40. Es findet sich keine Nullitätsbeschwerde für den Fall, daß der Subhastationsrichter gesetzwidrig den Widerspruch eines Subhastationsinteressenten selbst aburtheilt, Johow Jahrbuch Bd. 2 S. 49 ff.

3) L. R. I, 20 §. 198. A. G. O. I, 24 §. 110 ff.

4) Ohne vorgängiges processualisches Verfahren findet die nothwendige Subhastation wegen Schulden statt: 1) auf Antrag des Beneficialerben; 2) auf Antrag des Verwalters der Konkursmasse, wenn über das Vermögen eines Grundstückseigenthümers Konkurs eröffnet ist; 3) auf Antrag des die Resubhastation verlangenden Gläubigers, S. O. §. 59; 4) bei pfandbriefsten Gütern auf Antrag der Kreditdirektion. Vgl. Rönne Erg. 5. Ausg. III S. 633; 5) wenn die Verwaltungsbehörden innerhalb der Grenzen ihrer Exekutionsbefugniß, insbesondre wegen Abgaben an den Staat, wegen Defekten die Subhastation beantragen, Gesetz vom 30. Juli 1853 §§. 1. 34. Die Ortsobrigkeiten können auf Subhastation verfallener Gebäude antragen, L. R. I, 8 §§. 39. 40, vgl. oben §. 219, die Rentenbanken wegen rückständiger Renten, §. 21 des Gesetzes vom 2. März 1850, die Bergbehörden in den Fällen der §§. 159. 161 des Berggesetzes vom 24. Juni 1865. Auch unterwirft I §. 52 der Depositalordnung die Erborger der bereitesten Exekution wegen rückständiger Generaldepositalzinsen, wonach man gegen die Person der Erborger sofortige Subhastation zuläßt, Gruchot Bd. 17 S. 309, es kommt nunmehr §. 10 des Gesetzes vom 19. Juli 1875 in Betracht. Vgl. Jäckel zu §. 5 der Subhastationsordnung.

5) Subhastationsordnung §§. 7. 32, insbesondere §. 8 Abs. 2.

Digitized by Google

sind, ferner der Subhastat, und wenn dieser nicht als Eigenthümer eingetragen ist, außerdem der auf dem Eigenthumsblatte des Buches Verzeichnete. Die Subhastationsordnung nennt diese Personen ausschließlich Subhastationsinteressenten. [6]

Im Fortgange des Verfahrens treten als Betheiligte hinzu die Bieter und der Ersteher. Nicht als betheiligt werden angesehen persönliche Gläubiger des Subhastaten, bis ihre Forderungen vollstreckbar sind und ihr Beitritt zur Subhastation erfolgte. Dasselbe gilt von den nach Ertheilung des Hypothekenscheins in das Hypothekenbuch eingetragenen Gläubigern.

§. 347. Das Verfahren bis zum Versteigerungstermine.

Das Subhastationsverfahren wird auf einseitigen Antrag eingeleitet, vorausgesetzt, daß dieser Antrag prima facie begründet erscheint. Es ist Sache dessen, welcher sich durch das Verfahren verletzt glaubt, dessen Einstellung mittels rechtzeitigen Widerspruchs beizuführen. Hiernach hat dasselbe folgende Gestalt:

1. Die Vollstreckbarkeit der Forderung, für welche Subhastation beantragt wird, ist zuvörderst vom Proceßrichter festzustellen, falls sie Folge eines gerichtlichen Verfahrens ist. Erst nach deren Bescheinigung wird die Sache beim Subhastationsrichter anhängig. Wo die Vollstreckbarkeit der Forderung unabhängig von einem gerichtlichen Verfahren eintritt, hat der Subhastationsrichter über das Vorhandensein ihrer formalen Erfordernisse zu befinden, so daß das Verfahren vor ihm beginnt. [1]

Der Subhastationsrichter hat zu prüfen, ob der Gläubiger der vollstreckbaren Forderung befugt ist, deren Befriedigung durch Subhastation in das fragliche Grundstück zu erlangen. Es ist ihm zu diesem Zweck das derzeitige Eigenthum des Schuldners durch den Nachweis der Eintragung desselben auf das Grundstück, oder, sofern derselbe nicht eingetragen ist, dessen Eigenthumsbesitz durch öffentliche Urkunden darzuthun; [2] beruht aber der

---

6) Subhastationsordnung §. 14.

1) Subhastationsordnung §. 5. Vgl. oben §. 346 Anm. 4.

2) Subhastationsordnung §. 6. Genügt es zur Passivlegitimation, daß der Schuldner, wie die Subhastationsordnung besagt, „als Eigenthümer besitzt" oder ist mit Rücksicht darauf, daß das Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 zur freiwilligen Veräußerung Auflassung erfordert, der Nachweis nothwendig, daß der Besitz älter ist, als der 1. Oktober 1872, oder daß er auf Grund eines Titels erworben ist, welcher auch nachher, z. B. Erbgang, Gütergemeinschaft, ohne Eintragung Eigenthum überträgt? Das Letztere wird vielfach behauptet, z. B. von Jäckel a. a. O. Es ist dem nicht beizustimmen. Es würde sich sonst derjenige, welcher sich den Besitz bloß übergeben ließ, während eine andre, vielleicht todte Eintragung im Buch stände, ein seinen Gläubigern unangreifbares Patrimonium haben. Es besteht ein innerer Zusammenhang mit dem oben §. 189 Anm. 6 Ausgeführten.

Digitized by Google

Anspruch der Subhastation auf einer Verurtheilung in Folge einer Pfandklage, so genügt es, daß die Klage zur Zeit ihrer Anstellung gegen den passiv gehörig Legitimirten gerichtet war, wenn auch nach deren Zustellung ein Wechsel in der Person des Eigenthümers des Grundstücks eintrat; es ist also nur zu bescheinigen, daß der Verklagte damals Eigenthum oder Eigenthumsbesitz gehabt hat.

Die Subhastationsordnung fordert ferner als Beilage des Subhastationsantrags Beibringung eines neuesten Auszugs aus den Grund- und Gebäudesteuerbüchern zur Feststellung und als Grundlage der Werthsermittlung des zur Subhastation gestellten Grundstücks.[3] Dagegen bedarf es nicht mehr des Beibringens einer Taxe des Subhastationsobjekts, welche nach früherem Rechte die nothwendige Grundlage des Verfahrens bildete.[4]

2. Der Subhastationsrichter spricht durch besondere Verfügung die Einleitung der Subhastation aus, falls der Antrag anscheinend begründet ist.[5] In derselben Weise hat er über die Anträge auf Beitritt zur Subhastation zu erkennen.

Die Einleitung der Subhastation bewirkt eine Beschlagnahme des Grundstücks und seines Zubehörs zu Gunsten des Antragstellers und etwaiger Adhärenten, sowie der damals vorhandenen Realgläubiger. In Folge dessen ist eine spätere Veräußerung oder dingliche Belastung des Pfandobjekts jenen Gläubigern gegenüber unwirksam[6] und jede thatsächliche das Pfandobjekt verschlechternde Einwirkung auf dasselbe, z. B. Zerstörung von Bauten und Anlagen oder Entfremdung des beweglichen Zubehörs, bei öffentlicher Strafe verboten.[7] Doch trifft dies der Natur der Sache nach solche Verfügungen

---

3) Ueber die beizubringenden Urkunden bei Subhastation eines Schiffs siehe Subh. O. §. 94, eines Bergwerks Subh. O. §. 107.

4) A. G. O. I, 52 §. 13 ff.

5) Subh. O. §. 8. Der Schuldner ist in Kenntniß zu setzen, es ist dies wesentlich, Subh. O. §. 8 Abs. 1, vgl. Jäckel zu §. 8 sub 4.

6) Es bezieht sich dies auch auf solche Rechtsakte, welche vorher genommenen Eintragungen Wirkung verleihen, z. B. auf Auszahlung der Valuta für ein bereits eingetragenes Darlehen, ferner auf Zinserhöhungen bis zu 5%, vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 61 S. 384, Jäckel a. a. O. §. 9. Diese Unwirksamkeit kann jedoch nur eintreten, wenn dem andern Theil Kenntniß der Einleitung der Subhastation nachgewiesen wird, sonst wäre dem Sinn der Hypothekenverfassung zuwider der Hypothekenverkehr gefährdet. Es erhebt sich weiter die Frage, ob bei Kautionshypotheken der Betrag der Haftung des Grundstücks noch nach der Beschlagnahme gesteigert werden kann? Dies ist der Fall, wo der Gläubiger verpflichtet oder gesetzlich genöthigt ist, weiteren Kredit zu geben, z. B. im Fall der Kaution für einen auf bestimmte Zeit geschlossenen Kontokorrentvertrag oder für eine Vormundschaft. Dagegen steht dem Gläubiger, welcher nach Kenntniß der Einleitung der Subhastation freiwillig neuen Kredit giebt, die Beschlagnahme entgegen.

7) Abgesonderte Früchte unterliegen der Beschlagnahme, sofern sie Pertinenz sind, L. R. I, 2 §. 49, und wenn Hypothekengläubiger den Antrag stellen, soweit sie diesen nach §. 30 des E. G. verstattet sind.

Digitized by Google

des Subhastaten über das bewegliche Zubehör nicht, welche durch die fortgesetzte Bewirthschaftung des Grundstücks bedingt und gerechtfertigt werden.[8] Eine absolute Gewähr können daher die Gläubiger nur durch eine Sequestration erzielen, welche dem Schuldner die Verwaltung nimmt.

Das Gesetz erklärt ferner die zur Subhastation gebrachte Sache für eine streitige, und zwar von Einleitung des Verfahrens an. Damit ist gemeint, daß das einmal eingeleitete Verfahren, auch im Falle späterer Veräußerungen des Subhastationsobjekts, gegenüber den Nachfolgern des Subhastaten fortgesetzt und zum gültigen Abschlusse gebracht wird.[9]

Der Subhastationsrichter hat die Eintragung der Einleitung der Subhastation im Grundbuche behufs der Sperre desselben sofort zu betreiben. Es ist Folge der besondern Stellung des Grundbuchrechts, daß erst die Präsentation des Gesuchs der Sperre beim Grundbuchamt über das Verhältniß der Subhastationseinleitung zu andern Anmeldungen und Eintragungen entscheidet. Vor dem Eingang jenes Gesuchs angemeldete Hypotheken insbesondre sind daher mit ihrer aus der Reihenfolge sich ergebenden Priorität einzutragen, wer buchmäßig die Priorität vor dem Sperrvermerk hat, geht ferner, sofern er in gutem Glauben war, dem Extrahenten der Subhastation vor.[10]

3. An die Einleitung der Subhastation schließt sich der Erlaß des Subhastationspatents, d. h. der öffentlichen Ankündigung der nothwendigen Versteigerung des bestimmt zu bezeichnenden Grundstücks mit Angabe von Zeit und Ort durch den Subhastationsrichter.[11] Bei der Bestimmung der Zeit ist der Spielraum für den Richter ein begrenzter, da er den Termin auf 6 Wochen bis 3 Monate, in Ausnahmefällen längstens auf 6 Monate zu bestimmen hat. Das Patent ist nicht etwa, wie dies von Manchen geschieht, als Verkaufsofferte aufzufassen, welche durch das Gebot des

---

8) Subhastationsordnung §. 9. Entsch. des O. Trib. Bd. 48 S. 139 und jetzt Striethorst Bd. 97 S. 173. Der Subhastat kann nach Einleitung der Subhastation bis zum Hinzutreten der Sequestration die Früchte und Nutzungen zum eignen Unterhalt, zur Fortsetzung der Wirthschaft, zur Bezahlung der Abgaben und der Zinsen der Hypothekenkapitalien fortbeziehen.

9) Subhastationsordnung §. 9. Vgl. oben §. 132 Anm. 9.

10) Entgegengesetzt das O. Trib. Entsch. Bd. 80 S. 152, Striethorst Bd. 97 S. 221, indem es sich auf die Natur der Subhastation als Specialkonkurs stützt: aber gerade bezüglich der Einleitung des Konkurses hat das O. Trib. stets an der Ansicht festgehalten, daß über die Wirksamkeit älterer Anmeldungen nicht die Konkursordnung, sondern die Hypothekenverfassung entscheide, vgl. unten Bd. 2 §. 114 unter 3.

11) Subhastationsordnung §. 12 ff. Das Subhastationspatent wird nur erlassen, wenn sich aus den Mittheilungen des Grundbuchamtes, welche nach der Zustellung der Einleitungsverfügung der Subhastation erfolgen, kein Anstand gegen das Verfahren ergiebt oder dieser Anstand vom Antragsteller beseitigt ist.

Digitized by Google

Meistbietenden im Termine angenommen wird. Dasselbe enthält vielmehr eine allgemeine Aufforderung zum Kontrahiren, so daß die Offerte im Gebote des Ansteigerers liegt.[12] Außer der Ankündigung des Versteigerungstermins verfolgt das Patent den Zweck, allen denjenigen, deren Rechte durch das Verfahren bedroht sind, eine Frist zur Einlegung ihres Widerspruchs bis zum Versteigerungstermine zu setzen, so daß namentlich zur Anmeldung von gerichtlich nicht bekannten Eigenthumsansprüchen oder anderweitigen in das Grundbuch gehörenden dinglichen Rechten bis zu jenem Termin bei Strafe des Ausschlusses aufzufordern ist.[13]

Von größter Wichtigkeit ist die gehörige Bekanntmachung des Patentes, damit alle Interessenten in der Lage sind, ihre Rechte, welche durch das Verfahren bedroht werden, zu wahren. Deshalb geschieht einmal eine allgemeine Publikation des Patentes in bestimmten gesetzlich geregelten Formen und außerdem eine besondere Zustellung an diejenigen Interessenten, deren Wohnort aus den Mittheilungen der Hypothekenbehörde oder aus einer zu den Subhastationsakten gemachten Anzeige ersichtlich ist. Unterlassung der im Gesetze vorgeschriebenen Bekanntmachung bewirkt Nichtigkeit des Verfahrens.[14] Um aber Anfechtungen wegen Mangels der Zustellung möglichst abzuschneiden, hat das Gesetz für alle Zustellungen, die es an Subhastationsinteressenten fordert, als genügend erklärt die Aufgabe des bezüglichen Dokuments zur Post mit richtiger Adresse, welche durch eine Bescheinigung des diesem Dienste bestimmten gerichtlichen Beamten erwiesen wird.[15] Unterläßt also die Post die rechtzeitige Zustellung oder übergiebt sie das Aktenstück einem Anderen als dem Adressaten, so ist das Subhastationsverfahren trotz des Mangels einer wirklichen Insinuation rechtsbeständig, womit freilich

---

12) Die Interessenten können das Gebot zurückweisen; vgl. unten §. 348 unter 6.

13) Präkludirt wird der Eigenthümer eines zur Subhastation gestellten Objekts, sofern er aus dem Patent ersehen mußte, daß er in Mitleidenschaft gezogen werde. Dies auch, wenn er Besitzer ist, Striethorst Bd. 97 S. 147. Die Präklusion trifft auch Eigenthumsansprüche an beweglichen Pertinenzen Entsch. des O. Trib. Bd. 70 S. 247. Sie bezieht sich nicht auf Rechte, welche der Eintragung nicht bedürfen, z. B. des Miethers und Pächters.

14) Das Gesetz erklärt §. 39 unter 8 für einen Grund der Versagung des Zuschlags, wenn eine der im Gesetz vorgeschriebenen Arten der Bekanntmachung des Versteigerungstermins unterblieb. Ob diese Bekanntmachung den gesetzlichen Anforderungen dem Inhalte nach entsprach, ist, wenn nur das Aufgebot des §. 13 unter 7 geschehen ist, nicht als wesentlich erachtet. Jedoch wird man annehmen dürfen, daß dann, wenn die Bekanntmachung völlig undeutlich und unzutreffend war, z. B. es wurde ein Haus in der Klosterstraße statt in der Königsstraße ausgeboten, die Bekanntmachung nicht geschehen ist, so daß die Rektificirung des Irrthums im Versteigerungstermine nicht genügt, vielmehr die Erneuerung des Patents erforderlich ist.

15) Die Subhastationsordnung §. 19 enthält noch weitere Abweichungen vom gewöhnlichen Insinuationsmodus. Vgl. Jäckel zu §. 19 der S. O.

Digitized by Google

das materielle Recht gefährdet und dem Realkredit eine wesentliche Sicherung genommen wird.

4. Widersprüche des Subhastaten gegen die Versteigerung — auf Grund behaupteter voller Befriedigung des Gläubigers oder in Folge anderer Einreden — sowie Widerspruchsrechte Dritter halten die Subhastation nur auf, wenn sie dem Proceßrichter oder äußerstenfalls noch dem Subhastationsrichter vor dem Abschlusse der Versteigerung glaubhaft gemacht werden.

War das Widerspruchsrecht zwar materiell begründet, aber processualisch nicht zur Sistirung des Verfahrens geeignet, so kann es nicht die Aufhebung der Veräußerung bewirken, sondern erzeugt nur Ansprüche auf die Kaufgelder, unter Umständen auf Schadensersatz.[16]

§. 348. Die Versteigerung.

1. Der Richter schreitet im Termine zur Versteigerung, ohne einen erneuten Antrag des Extrahenten oder der Adhärenten zu erwarten.[1] Dagegen ist das Verfahren einzustellen, wenn vor Schließung des Versteigerungsprotokolls der Antrag auf Subhastation von den Antragstellern zurückgezogen wird, oder wenn gerichtliche Deposition des Gesammtbetrages ihrer Forderungen und der aufgelaufenen Kosten erfolgt.[2] Sind die Antragsteller auch befugt, vorläufige Aussetzung des Verfahrens zu fordern? Man wird sich hierfür entscheiden, da in dem Mehr auch das Weniger inbegriffen ist, es sei denn, daß der Subhastat, weil er sich durch die Verzögerung benachtheiligt sieht, auf der Fortsetzung des Verfahrens besteht.[3]

2. Der Regel nach treten die aus dem Gesetz hervorgehenden Verkaufsbedingungen ein. Doch ist deren Abänderung zulässig im Falle der Zustimmung aller Interessenten, deren Rechte durch dieselbe berührt werden.[4]

---

16) Subhastationsordnung §§. 34—36.

1) Subhastationsordnung §. 21.

2) Subhastationsordnung §§. 32. 33. Vgl. über Versteigerung im Allgemeinen wie auch über die Verordnung vom 14. Juli 1797 unten Bd. 2 §. 14.

3) Das Appellationsgericht zu Naumburg hat — Johow Jahrbuch Bd. 2 S. 33 — den Antrag des Extrahenten auf Aussetzung der Subhastation für die Zeit von drei Monaten zurückgewiesen, vielmehr die Aufhebung der Subhastation eintreten lassen. Anders ist die Auffassung des Kammergerichts bei Johow a. a. O. Bd. 2 S. 29 ff. Vgl. jedoch Jäckel a. a. O. zu §. 32 unter 3.

4) Subhastationsordnung §. 20. Bei der Subhastation mehrerer gesammthaftender Grundstücke hat der Korrealpfandgläubiger das Recht, zu verlangen, daß die Grundstücke gemeinschaftlich ausgeboten werden. Andere Gläubiger sind jedoch zum Antrage befugt, daß außerdem ein Ausgebot der einzelnen Grundstücke erfolge. Ergiebt sich bei dieser Art des Ausgebots ein höheres Meistgebot als beim Gesammtverkauf, so hat der Zuschlag für dieses zu erfolgen. So Striethorst Bd. 52 S. 252. Jäckel a. a. O. S. 56.

Digitized by Google

Jeder Interessent kann daher solche Bedingungen einfügen lassen, welche ihn allein belasten, z. B. freiwillig eine gewisse Gewähr übernehmen.

Dingliche Lasten, mit Ausnahme von Hypotheken und Grundschulden, verbinden der Regel nach auch den Ersteher. Rühren dieselben aber aus privatrechtlichen Titeln her und geht ihnen eine Hypothek oder Grundschuld vor, so hat die Ausbietung mit oder ohne Last zu erfolgen. Gebote der ersteren Art sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sie der vorgehenden Hypothek oder Grundschuld vollständige Deckung gewähren oder etwa denselben Betrag ergeben als Gebote ohne die Last. [5]

3. Jeder Subhastationsinteressent, dessen Rechte durch den Zuschlag berührt werden, kann von den Bietern Kaution für das Gebot in einer gewissen gesetzlich bestimmten Höhe fordern. Er ist auch nach richtiger Ansicht zur Stellung der allgemeinen Bedingung befugt, daß kein Bieter ohne Kautionsleistung zugelassen werde. [6] [7]

Die Höhe der Kaution wird bei Grundstücken, die nicht mit Gebäuden besetzt sind, nach der Grundsteuer, bei Gebäuden nach der Gebäudesteuer bemessen, [8] bei Gerechtigkeiten setzt sie der Richter je nach der Sachlage fest. Zweifel haben sich erhoben bei Grundstücken, welche ein im Rohbau fertiges Gebäude trugen, die aber wegen dessen zeitiger Unbewohnbarkeit noch nicht zur Gebäudesteuer veranlagt, sondern nur grundsteuerpflichtig sind. Hier

---

5) Gesetz über den E. E. §. 47 Abs. 2. Abweichend vom früheren Rechte hat der Subhastationsrichter, ohne einen entsprechenden Antrag des vorstehenden Gläubigers erwarten zu müssen, zum Ausgebot mit und ohne Last zu schreiten. Es kann dies aber natürlich nur dann geschehen, wenn die Existenz der Last aus dem Grundbuche bekannt ist. Will der vorgehende Gläubiger, daß die Sache frei von einer nachstehenden Grundgerechtigkeit, die nicht eingetragen ist, ausgeboten werde, so muß er dies besonders verlangen. Die Beurtheilung der Frage, ob das Gebot einem vorstehenden Gläubiger vollständige Deckung gewährt, ist für den Subhastationsrichter, da er den Betrag der etwaigen Kosten, welche zu liquidiren sind, im Licitationstermine nicht übersehen kann, eine schwierige. Im Zweifel muß er sie verneinend beantworten. — Uebersteigt das Meistgebot den Betrag der vorstehenden Hypotheken und Grundschulden, so kommt der Ueberrest der Kaufgelder der Befriedigung des Reallastberechtigten zu Gute. Ist eine dingliche Last mit einer Hypothek oder Grundschuld zu gleichem Rechte eingetragen, so muß gleichfalls, wenn das Pfandrecht nicht durch ein Gebot mit der Last volle Befriedigung erhält, der Zuschlag auf das Gebot ohne die Last erfolgen. Die Hypothek oder Grundschuld und die für die Last auszuwerfende Summe participiren dann verhältnißmäßig.

6) Die Vorschriften über Kautionsleistung finden sich in der Subhastationsordnung §. 22. 23. Die Kaution soll für das Gebot haften, d. h. doch wohl für das Interesse wegen nicht geleisteter Zahlung. Von Amtswegen hat der Subhastationsrichter Kaution nicht zu fordern. Der Fiskus und die bei Erlaß der Subhastationsordnung bereits bestehenden landschaftlichen Kreditsysteme sind nicht kautionspflichtig.

7) Die Kautionsleistung kann auch von Vorkaufsberechtigten gefordert werden, die in das Meistgebot eintreten wollen, da sie sich denselben Bedingungen wie der Meistbietende unterziehen müssen. Vgl. Johow Jahrb. Bd. 1 S. 17 ff.

8) Es ist die Niederlegung des viersachen Grundsteuerreinertrags resp. des zweieinhalbfachen Gebäudesteuernutzungswerthes gefordert.

Digitized by Google

kann nicht die Grundsteuer zum Maßstabe der Kaution dienen, da dieselbe dem Werthe des subhastirten Gegenstandes nicht entspricht, so daß man also nur dem Worte, nicht der zu unterstellenden Absicht des Gesetzes nachkäme, vielmehr hat wie bei Gerechtigkeiten das richterliche Ermessen die Höhe der Kaution festzusetzen.[9]

Eng begrenzt sind die Kautionsmittel. Zulässig ist allein die Niederlegung baaren Geldes, öffentlicher inländischer, mit sämmtlichen Zinsscheinen und Talons versehener, nicht außer Kurs gesetzter Papiere,[10] endlich auf den Bieter lautender Hypotheken- und Grundschuldbriefe, welche auf das subhastirte Grundstück innerhalb einer bestimmten Werthquote[11] ausgegeben sind.[12]

4. Das Gebot des Ansteigerers bindet denselben unmittelbar mit seiner Abgabe. Die Unterschrift des Subhastationsprotokolls durch den Bieter, von welcher früher dessen Verhaftung abhängig war, ist nach dem jetzigen Rechte nicht mehr erforderlich.[13] Der Ansteigerer wird auch nicht dadurch befreit, daß ein Anderer ein höheres Gebot einlegt, vielmehr ist es den Subhastationsinteressenten gestattet, mit Einmuth das Mehrgebot eines weniger zuverlässigen Bieters zurückzuweisen und dem Minderbietenden den Zuschlag zuzuwenden.[14] Wird aber ein neuer Subhastationstermin angesetzt, so werden die Ansteigerer des früheren Termins frei.[15]

5. Nichtig ist das Gebot, wenn dem Bietenden die Fähigkeit zum Abschlusse eines Kaufvertrages oder zum Erwerbe des Grundstückes mangelt,

---

9) Subhastationsordnung §. 93, Entscheidung des Kammergerichts bei Johow Jahrb. Bd. 1 S. 19. — Das richterliche Ermessen muß auch in dem Falle eintreten, in dem die Grundsteuer noch nicht repartirt ist. Vgl. Johow a. a. O. Bd. 1 S. 56.

10) Unter öffentlichen Papieren versteht man Papiere auf den Inhaber — Schuldurkunden und Aktien —, welche an der Börse gehandelt werden und einen Börsenkurs haben. Daß die betreffenden Papiere völlig werthlos sein und einen bloß fiktiven Kurs haben können, ist auf der Hand liegend. Dagegen hat man z. B. Obligationen der Preußischen Bank, die auf den Namen einer Privatperson lauteten, zurückweisen müssen, weil die Bank bei solchen Papieren dem Präsentanten gegenüber zur Legitimationsprüfung berechtigt ist. Gruchot Bd. 14 S. 113 ff. — Der Kautionspunkt wäre richtiger in höherem Maße dem Ermessen des Richters überlassen worden.

11) Die Hypothekenforderung muß innerhalb des Zwanzigfachen des Grundsteuerreinertrags und des Zwölfeinhalbfachen des Gebäudesteuernutzungswerthes eingetragen sein.

12) Die Nichtberücksichtigung der Vorschriften über Kautionsbestellung ist kein Grund zur Versagung des Zuschlags und zu einer Nichtigkeitsbeschwerde.

13) Subhastationsordnung §. 38 Abs. 2.

14) Gemeinrechtliche Schriftsteller streiten über diesen Satz. Andrer Ansicht ist auch Striethorst Archiv Bd. 10 S. 161. Vgl. aber Jäckel zu §. 28 d. S. O. S. 75.

15) Subhastationsordnung §. 29.

Digitized by Google

oder wenn es von einem auch nachträglich nicht legitimirten Vertreter in fremdem Namen abgegeben ist.[16]

Mitbieten kann aber, wie jeder Andere, so der betreibende Gläubiger, da der Verkauf nicht in seinem Namen geschieht.[17]

Auch das Mitgebot des Eigenthümers der subhastirten Sache ist zu berücksichtigen. Doch kann jeder Mitinteressent von demselben vollständige Sicherstellung seines Gebotes fordern, und zwar entweder in baarem Gelde oder in öffentlichen, inländischen, nach dem Börsenkurse zu berechnenden Papieren auf den Inhaber. Im Falle der Nichtstellung der Sicherheit wird das Gebot nicht beachtet.[18] Das Zuschlagserkenntniß an den meistbietenden Eigenthümer verleiht ihm zwar nicht Eigenthum, welches er bereits hat, wohl aber die sonstigen Rechte eines Erstehers, insbesondere also die Purificirung des Grundstücks von Hypotheken.[19]

6. Die Versteigerung ist zu schließen, wenn das Abgeben von Geboten aufgehört hat, frühestens aber mit Ablauf einer Stunde nach der Aufforderung zum Bieten durch den Subhastationsrichter.[20]

Nach Ermittelung des Meistbietenden sind die anwesenden Interessenten zur Erklärung über den Zuschlag aufzufordern. Der Antrag auf Ansetzung eines neuen Termins ist ohne Weiteres zulässig, wenn er von sämmtlichen Interessenten ausgeht;[21] erfolgt er von einzelnen Interessenten, so ist ihm nur stattzugeben, wenn die Antragsteller sich verpflichten, für das Meistgebot sowie für allen Nachtheil der Verzögerung zu haften, und für den zehnten Theil des Meistgebotes in Geld oder Papieren Sicherheit stellen.[22]

Das Versteigerungsprotokoll, welches alle rechtlich erheblichen Verhandlungen des Termins aufzunehmen hat, ist bei deren Beendigung nach vor-

16) Subhastationsordnung §. 39 sub 2.

17) L. R. I, 20 §. 42.

18) Gesetz über den E. E. §. 46. — L. R. I, 20 §. 42 hatte baare Zahlung gefordert. Die Nichtberücksichtigung des Antrags auf Kautionsstellung begründet hier nach der Fassung des citirten §. 46 Nichtigkeit des Gebots; anders Jäckel a. a. O. S. 63. — Die Kaution kann auch durch Dritte gestellt werden. Die Kaution zu fordern, ist jeder Subhastationsinteressent — Subhastationsordnung §. 14 — berechtigt, wenn er möglicherweise noch aus dem Gebote Befriedigung erlangen kann.

19) Gesetz über den E. E. §. 46 a. E.

20) Subhastationsordnung §. 25. Nichtberücksichtigung dieser Vorschrift ist ein Nichtigkeitsgrund. S. O. §. 39 sub 12.

21) Subhastationsordnung §. 28. Die Einigung der Erschienenen genügt nicht.

22) Subhastationsordnung §. 27. Der Gläubiger, dessen Forderung durch das Meistgebot bereits gedeckt ist, kann die Aussetzung nicht verlangen. Kann es der Subhastat, da er Subhastationsinteressent ist? Die Regelung des Kautionspunktes scheint dagegen zu sprechen, daß man auch an ihn dachte. — Das Garantieversprechen gilt als geleistet denen, welche nach dem Meistgebot ein Perceptionsrecht hätten. Wer dies ist, ist in erster Linie vom Subhastationsrichter im Kaufgelderbelegungstermine durch Ueberweisung zu bestimmen; unmittelbar vollstreckbar ist der überwiesene Anspruch nicht.

Digitized by Google

gängiger Verlesung vom Richter zu vollziehen.[23] Mit dieser Vollziehung wird die Versteigerung abgeschlossen und der Kauf perfekt.

§. 349. Das Zuschlagsurtheil.

Das Zuschlagsurtheil zieht das Facit des Verfahrens und bringt dasselbe zur praktischen Verwirklichung. An sich gehört dies Urtheil nicht zur streitigen Gerichtsbarkeit, ist vielmehr dazu bestimmt, mittels der verwaltenden Justiz die Parteiverhältnisse zu ordnen. Doch sind streitige Fragen, deren Erledigung der Ordnung vorausgehen muß, durch das Urtheil zu entscheiden.

Der nächste Zweck ist Ertheilung oder Versagung des Zuschlags.[1] Eine Versagung hat im Falle wesentlicher Mängel zu geschehen. Diese wesentlichen Mängel sind aber im Gesetze als Versagungsgründe kasuistisch aufgezählt und begrenzt; andere Fehler, wenn sie auch von entscheidendem Einflusse für den Ausgang waren, sind nicht zu berücksichtigen.[2]

Ferner vollzieht das Erkenntniß die Ausschließung derjenigen Personen, welche trotz der Aufforderung des Subhastationspatentes ihre Rechte nicht anmeldeten. Angemeldete Rechte, welche wegen Mangels ihrer processualischen Liquidität den Fortgang des Verfahrens nicht aufhalten konnten, sind vorzubehalten, gewähren jedoch nur noch Ansprüche auf die Kaufgelder. Auf diese sind auch die Realberechtigten verwiesen, welchen noch Restitution gegen ihre im Zuschlagserkenntnisse ausgesprochene Ausschließung gewährt wird.[3]

Das Erkenntniß wird vom Subhastationsrichter erlassen. In Streitfällen hat der Proceßrichter zu entscheiden. Gegen das Erkenntniß steht den Subhastationsinteressenten, sowie den Bietern und dem Ersteher binnen 14 Tagen eine Beschwerde an das Appellationsgericht offen; die Beschwerde kann sich nur gründen auf Nichtbeachtung der gesetzlichen Versagungsgründe, oder auf Verweigerung des Zuschlags ohne solche Gründe, oder auf die Nichtübereinstimmung des Zuschlagsurtheils mit dem Inhalte des Versteigerungsprotokolls oder der festgesetzten Kaufbedingungen. Der Beschwerdeführer darf sich nur auf Gründe stützen, welche sein eigenes Recht betreffen und die er bei der Versteigerung vorbrachte oder damals noch nicht vorbringen konnte.[4]

---

23) Subhastationsordnung §. 38.

1) Subhastationsordnung §. 40.
2) Subhastationsordnung §. 39.
3) Subhastationsordnung §. 43.
4) Subhastationsordnung §. 46 ff.

Digitized by Google

Die etwaige Cession der Rechte des Erstehers aus dem Meistgebote ist im Zuschlagsbescheide nicht zu berücksichtigen, auch wenn sie dem Richter vor dessen Abfassung mitgetheilt wurde.[5] Es hängt dies damit zusammen, daß das Versteigerungsprotokoll allein die Grundlage jenes Bescheides bilden soll. Der Ersteher kann daher seine Rechte nur durch Auflassung weiter übertragen, nachdem ihm die erstandene Sache zugeschlagen und zugeschrieben wurde. Ist aber eine vorgängige Cession der Rechte aus dem Meistgebot völlig wirkungslos oder dürfen wir wenigstens aus ihr die Pflicht des Cedenten herleiten, das erstandene Grundstück, wenn ihm der Zuschlag ertheilt ist, dem Cessionar durch Auflassung zu übereignen? Das Letztere ist das Richtige, da den Intentionen der Parteien hierdurch im Wesentlichen Genüge geleistet wird.[6]

Die Ausführung des Zuschlagurtheils wird durch die Einlegung einer Beschwerde nicht aufgehalten. Unerachtet derselben ist also der Kaufgelderbelegungstermin anzusetzen, und der Ersteher verpflichtet, die Kaufgelder zu zahlen. Der Ersteher kann jedoch die Aussetzung der Vertheilung derselben bis zur Bestätigung des Urtheils fordern, damit er im Falle der Aufhebung des Zuschlags die bezahlten Gelder ohne Schwierigkeit zurückerhalten kann.[7]

Die Aufhebung des Zuschlags auf Grund der Beschwerde macht die Beseitigung der zu dessen Ausführung getroffenen Maßregeln nöthig. Die Rückgewähr des zur Erfüllung des Zuschlagsurtheils Gegebenen oder Geleisteten kann unmittelbar durch Zwangsvollstreckung herbeigeführt werden.[8]

Der Ersteher gilt nach Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde bis zur Vernichtung des Zuschlagsbescheides als redlicher und rechtmäßiger Besitzer auch in Bezug auf Früchte und Verwendungen. Denn der Zuschlagsbescheid war in der Zwischenzeit rechtswirksam und wird nur durch seine Aufhebung in Folge der Beschwerde rückwärts hin annullirt.[9]

---

5) Subhastationsordnung §. 42. Abs. 2. Nach allgemeinen Grundsätzen könnte der Meistbietende zwar seine Anrechte übertragen, dagegen blieben die Rechte der Subhastationsinteressenten unberührt. Die frühere Jurisprudenz war schwankend. Das Präj. des O. T. 1081 verlangte Genehmigung sämmtlicher Subhastationsinteressenten, damit die Abtretung im Zuschlagserkenntnisse berücksichtigt werde. Doch hat man später auch einen Zuschlag an den Cessionar ohne diese Zustimmung unter Vorbehalt der Rechte der Subhastationsinteressenten zugelassen. — Die Bestimmung der Subhastationsordnung, welche jede Berücksichtigung der Abtretung im Zuschlagserkenntnisse ausschließt, ist nicht geeignet, den Kreis der Bieter zu erweitern, und daher wenig zweckmäßig. Vgl. noch Johow Jahrb. Bd. 1 S. 62.

6) So Striethorst Archiv Bd. 10 S. 88. Jedoch schwankte die Praxis des Obertribunals. A. Ansicht bei Gruchot Bd. 1, S. 294.

7) Subhastationsordnung §. 63.

8) Subhastationsordnung §. 55.

9) So Entsch. des O. T. Bd. 20 S. 106. Zweifel könnte erregen, daß der Regel nach jeder Verklagte von der Insinuation der Klage an nach gesetzlicher Fiktion zum unredlichen Besitzer wird. L. R. I, 7 §. 222.

Digitized by Google

§. 350. Rechtliche Folgen des Zuschlags.

1. Der Adjudikatar erhält an der subhastirten Sache Eigenthum mit dem Augenblicke, in welchem ihm das Zuschlagsurtheil zugestellt wird.[1] Er bedarf keiner Auflassung. Seine Einweisung in den Besitz hat auf Grund des Urtheils im Wege der Zwangsvollstreckung zu geschehen, sofern es feststeht, daß das Objekt, dessen Besitz begehrt wird, mit dem subhastirten identisch ist. Doch ist vorgängige Berichtigung der Kaufgelder gefordert, falls das Zuschlagserkenntniß nichts Anderes bestimmt hat.[2] Die Eintragung im Grundbuche erfolgt erst nach der Kaufgelderbelegung.

Der Ersteher hat als Eigenthümer eine Vindikation gegen den Subhastaten, wie gegen dritte Besitzer, namentlich auch wegen derjenigen beweglichen Pertinenzen, welche ihm mit zugeschlagen sind. Dagegen hat er richtiger Ansicht nach keine persönliche Klage aus dem Kaufe auf Erfüllung.[3] Auch ein Recht auf Gewährleistung im eigentlichen Sinne steht ihm nicht zu. Gegen eine Eviktion des Eigenthums ist er gesichert, selbst wenn nicht der Subhastat, sondern ein Anderer Eigenthümer gewesen sein sollte, weil das Zuschlagserkenntniß die Eigenthumsansprüche Dritter ausschließt.[4] Bezüglich der Haftung für Eigenschaften verweist das Gesetz auf die Grundsätze über den Verkauf in Pausch und Bogen.[5] Bei diesem tritt eine Verhaftung wegen eigentlicher Mängel gar nicht, und wegen der angegebenen Bestandtheile nur in beschränktem Maße ein. Aber selbst im Falle des Fehlens von Bestandtheilen, die im Subhastationspatent ausdrücklich angegeben waren, ist

---

1) L. R. I, 11 §. 342 entsprechend gemeinrechtlicher Gewohnheit. Dernburg Pf. R. II S. 263.

2) Subhastationsordnung §. 57. Der Ersteher ist also in der Zeit zwischen dem Zuschlagsbescheide und dem Kaufgelderbelegungstermine Eigenthümer, nur den Naturalbesitz soll er nicht erhalten. Eine Sequestration der erstandenen Sache kann er dagegen fordern, der Art, daß der Sequester für ihn die possessorischen Rechtsmittel geltend macht. Auch die Exmission des Subhastaten kann er verlangen. Vgl. Gruchot Bd. 15 S. 757. Die actio negatoria wird ihm gleichfalls nach allen Seiten zustehen. Durch Zahlung der Kaufgelder zum gerichtlichen Depositum kann er sich auch vor dem Kaufgelderbelegungstermine den Besitz verschaffen. Jäckel zu §. 57 a. E.

3) Vgl. oben §. 346. Dagegen entschied ein Obertribunalserkenntniß bei Striethorst Archiv Bd. 79 S. 71 dahin, daß der Ersteher gegen den Subhastaten auf Leistung der nachweisbar im Augenblick der Licitation noch auf dem Grundstück vorhandenen Pertinenzstücke aus dem Kaufvertrage klagen könne. Dies also ohne Rücksicht darauf, ob der Verklagte Besitzer im Augenblicke der Klaganstellung ist oder vorher doloserweise zu besitzen aufhörte. Der Subhastat müßte hiernach bis zur Besitznahme durch den Ersteher diesem mindestens für custodia haften!

4) Vor der jetzigen Subhastationsordnung war der Uebergang des Eigenthums auf den Ersteher durch das Eigenthum des Subhastaten bedingt, Entsch. des O. T. Bd. 44 S. 77. Dagegen nunmehr Subhastationsordnung §. 13 unter 7.

5) L. R. I, 11 §§. 213. 344. I, 20 §. 216.

Digitized by Google

nur ein Anspruch des Erstehers auf Minderung des Kaufpreises gegenüber den sonst Perceptionsberechtigten begründet.

2. Der Ersteher erhält das subhastirte Grundstück frei von Hypotheken.[6] Dagegen bleiben die bei Einleitung der Subhastation bereits begründeten Rechte anderer Art, wie früher bemerkt wurde, der Regel nach bestehen.[7]

3. Nicht selten erheben sich Zweifel über den Umfang der durch den Zuschlag zugetheilten Rechte. Es kann namentlich fraglich werden, welche Flächenbestandtheile das subhastirte Grundstück in sich begreift? Adjudicirt wird das Grundstück in dem Umfange, wie es der Richter bei Einleitung des Verfahrens zur Subhastation stellte; dabei ist vor Allem maßgebend das Grundbuchblatt, soweit auf dasselbe Bezug genommen ist. Es können auch andre Angaben des Subhastationspatents, unter Umständen auch die Vorakten, insbesondere das Erkenntniß, welches die Vollstreckbarkeit feststellte, erheblich werden.[8] [9]

Hinsichtlich des beweglichen Zubehörs der Früchte und anderer Erweiterungen des Pfandobjekts entsteht weiter die Frage, welcher Moment für die Eigenthumszutheilung entscheidend ist. Man kann an den Augenblick des Zuschlags, des Abschlusses, des Versteigerungsprotokolls, der Einleitung der Subhastation denken. Der richtigen Ansicht nach ist der Tag der Versteigerung zu Grunde zu legen. Denn nach den damaligen Verhältnissen mußte der Ersteher sein Gebot bemessen und der Zuschlag, obgleich erst später ertheilt, deklarirt und bestätigt nur das damals Verhandelte. Daher gebühren dem Ersteher die im Augenblicke des Versteigerungstermins auf dem Grundstück stehenden oder sonst vorhandenen Früchte, auch wenn sie vor dem Zuschlagserkenntnisse getrennt und abgeführt sein sollten. Aus dem gleichen Grunde gebühren ihm die Früchte, welche nach dem Versteigerungstage, wenn auch vor dem Zuschlage entstanden sind, nicht weniger die auf diese Zwischenzeit

---

6) Gesetz über den E. E. §. 47. Wie, wenn ein ideeller Antheil eines Grundstücks schuldenhalber zur Subhastation gebracht wird? Manche leugnen, daß in diesem Falle die auf dem Grundstück eingetragenen Hypotheken fällig würden. Allein es fehlt an einem durchschlagenden Grunde, hier die regelmäßigen Grundsätze über Fälligkeit der Hypotheken außer Kraft zu setzen. Strützki bei Gruchot Bd. 17 S. 530.

7) L. R. I, 11 §. 342. Plenarbeschluß vom 22. April 1844, Präj. 1435. Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 §. 47 Abs. 2. — Auch der Verjährungsbesitz der Grundgerechtigkeiten wird durch die Veranstaltung der Subhastation nicht unterbrochen.

8) Vgl. auch oben §. 242 Anm. 2.

9) Mündliche Erklärungen des Subhastationsrichters können als Interpretationsmittel in Betracht kommen, sind aber im Falle eines offenbaren Widerspruches mit dem Subhastationspatent oder den gesetzlichen Bedingungen nicht zu beachten. Vgl. Gruchot Bd. 14 S. 914.

Digitized by Google

entfallenden Pacht- und Miethzinsen. Die damals vorhandenen beweglichen Zubehörstücke sind ihm gleichfalls zu eigen, wenn sie auch vor dem Zuschlage abverkauft und abgeführt waren.

Häufig geht man weiter und erstreckt das Anrecht des Adjudikatars auf diejenigen Zubehörstücke, welche bei Einleitung der Subhastation auf dem Grundstücke vorhanden, vor Abhaltung der Versteigerung aber weggebracht waren.[10] Man stützt sich hierfür darauf, daß mit jenem Momente eine Beschlagnahme eintrat, so daß solche Stücke ihre Pertinenzqualität nicht mehr verlieren konnten. Allein diese Beschlagnahme wirkt nur zu Gunsten der Gläubiger des Subhastaten. Das Recht des Adjudikatars aber hat nicht ohne Weiteres den Umfang der Rechte der Gläubiger, welche die Subhastation extrahirten, vielmehr erstreckt sich dasselbe nur auf das, was zur Licitation gebracht ist. Daher kann der Adjudikatar den Erlös von Früchten nicht fordern, welche nach Einleitung der Subhastation in Beschlag genommen und vor der Versteigerung von dem subhastirten Gute weggebracht wurden; ebensowenig hat er Anspruch auf die Versicherungsgelder, wenn die subhastirte Sache nach Einleitung der Subhastation und vor dem Versteigerungstermine abbrannte. Konsequenterweise erhält der Ersteher auch kein Recht auf Zubehörstücke, welche in diesem Zeitraume weggebracht wurden. Ebensowenig hat er Ansprüche wegen der Verschlechterungen des Grundstücks durch den Subhastaten vor der Licitation, wenn solche auch den Realgläubigern zustehen sollten.[11]

4. Der Ersteher wird in Folge des Zuschlagserkenntnisses verpflichtet, die Kaufgelder, und zwar spätestens im Kaufgelderbelegungstermine, baar zu bezahlen, und zwar hat die Zahlung an das Gericht zu Gunsten dessen, den es angeht, zu geschehen. Sollten die also gezahlten Gelder durch Zufall verloren gehen, ehe sie den Perceptionsberechtigten ausgezahlt wurden, so kann der Ersteher nicht mehr in Anspruch genommen werden, da er durch die Zahlung an das Gericht seiner Verbindlichkeit Genüge geleistet hat. Eigenthümer der in das gerichtliche Depositum gezahlten Kaufgelder wird richtiger Ansicht nach nicht etwa der Subhastat,[12] da das Verfahren nicht in seinem

10) Es ist dies wohl die wichtigste Streitfrage des Subhastationsrechts. Das Obertribunal schwankt. Nach dem Präj. 532 und 534 sollte der Ersteher die Sache nur in dem Zustande, in welchem sie sich bei Abgabe des Gebotes befand, erhalten, ebenso nach einem neueren Erkenntnisse bei Striethorst Arch. Bd. 82 S. 151; nach anderen Erkenntnissen hingegen soll der Ersteher erwerben, was den Gläubigern verhaftet war, z. B. Striethorst Bd. 78 S. 22. Die letztere Ansicht sucht auch auszuführen Schultze bei Gruchot Bd. 17 S. 507 ff. — Unserer Ansicht ist Jäckel zu S. O. §. 57.

11) Bei Gruchot Bd. 17 S. 28 ff. wird dasselbe Resultat aus anderen Gründen vertheidigt.

12) Dies nimmt das Obertribunal an bei Striethorst Archiv Bd. 60 S. 170. Vgl. übrigens Exner Pfandrechtsbegriff S. 45.

Digitized by Google

Namen geführt wird, vielmehr sind die Perceptionsberechtigten als Eigenthümer anzusehen.

In Folge Vertrags mit dem zur Hebung kommenden Realgläubiger kann der Ersteher auch statt der Baarzahlung dessen Pfandforderung übernehmen. Er tritt dann, soweit nichts Anderes verabredet wird, in die bisher geltenden Bedingungen ein.[13] Durch diesen Akt wird der bisherige persönliche Schuldner befreit.

Ist der Ersteher selbst Gläubiger einer zur Perception gelangenden Forderung, so vereinigt sich in seiner Person die Eigenschaft als Gläubiger und Schuldner und es genügt daher insoweit einfache Abrechnung. Auf seinen Antrag ist die ihm zustehende Hypothekenforderung nicht zur Löschung zu bringen, er kann sie wie in andern Fällen der Konfusion weiter begeben.[14]

Von welchem Momente an sind die Kaufgelder landesüblich zu verzinsen, von dem Tage der Verkündigung des Zuschlagsurtheils oder der Kaufgelderbelegung? Letzterer ist der Zahlungstermin. Dennoch sind Zinsen vom Zuschlage ab zu berechnen, da dem Ersteher bereits die Nutzungen der erstandenen Sache zukommen.[15]

§. 351. Die Immmobiliarmasse. Ordnung der Forderungen.

Das Subhastationsverfahren ist mit dem Zuschlage nicht geschlossen, vielmehr reiht sich nothwendigerweise die Vertheilung der Immobiliarmasse unter die Berechtigten nach ihrem Vorrechte an.

Diese Immobiliarmasse wird gebildet durch die Kaufgelder mit Zinsen, aber nach Umständen auch durch andre, den Realgläubigern zukommende Summen. Es gehören insbesondre hierher bis zur Publikation des Zuschlagsbescheides nach Befriedigung der laufenden Prästationen verbliebene Revenüenüberschüsse einer vorgehenden Sequestration, Absonderungssummen für

---

13) Subhastationsordnung §. 66. Der Ersteher übernimmt hierbei an Stelle der an und für sich seinerseits geschuldeten Kaufgelder expromittendo die an der Subhastation theilnehmende Forderung des Perceptionsberechtigten; es handelt sich nicht um ein Versprechen der Kaufgelderzahlung, vgl. Jäckel Subh. Ordn. S. 171. Werden Zinserhöhungen oder andere Modalitäten vereinbart, so hat nicht der Subhastationsrichter die bezügliche Requisition zu erlassen, vielmehr ist es Sache des Gläubigers, die Eintragung solcher Veränderungen zu veranlassen.

14) Jäckel a. a. O. S. 173.

15) Es ist dies die herrschende Ansicht nach L. R. I, 11 §. 109, „Keiner der Kontrahenten kann wider des Andern Willen Sache und Kaufgeld zugleich nutzen." Der entgegengesetzten Ansicht ist u. A. Philler bei Gruchot Bd. 14 S. 591. Wenn derselbe Gewicht legt auf die Worte: „Wider des Andern Willen," so ist dies in dem Sinne zu verstehen, daß eine andere Absicht bei den Kontrahenten nicht ersichtlich sein darf, eine solche ist aber hier nicht nachweisbar. So denn auch die bei Gruchot Bd. 16 S. 292, S. 526 abgedruckten Erkenntnisse des A. G. zu Magdeburg und des Obertribunals und Jäckel a. a. O. S. 167.

Digitized by Google

Ablösungen und Expropriationen, Versicherungsgelder für Schäden am Grundstück oder dessen Pertinenzen, durch etwaigen vorgängigen Verkauf beweglicher, der Masse zugehörender Pertinenzen erzielte Kaufgelder, verfallene im Verfahren gestellte Kautionen von Meistbietern oder Subhastationsinteressenten. In Abzug sind zu bringen die Masseschulden,[1] welche die Masse von Rechtswegen mindern. Es gehören hierher die Kosten der Subhastation, soweit sie nicht vom Ersteher unmittelbar zu entrichten sind,[2] ferner die nach Beginn der Exekution — sei dies die Einleitung der Subhastation, eine frühere Konkurseröffnung, oder eine anderweite Beschlagnahme — laufenden öffentlichen und gemeinen Abgaben und Leistungen, endlich die Kosten einer im Interesse der Gläubigerschaft veranstalteten Sequestration, sowie die nothwendigen Auslagen des Sequesters für die Bewirthschaftung des Grundstücks. Dies Alles, soweit es nicht aus den Revenüen gedeckt ist.

Aus der so konstituirten Masse sind zu befriedigen

1. gewisse absolut privilegirte Gläubiger.[3] An der Spitze stehen die Anrechte der Deichgenossenschaften oder auch einzelner in Nothständen für Andere eingetretener Deichgenossen auf Rückstände aus zwei Jahren vor Beginn der Exekution; dann folgen Rückstände derselben Zeit von dem Staate geschuldeten Grundstücksabgaben und von Ablösungsrenten, darauf von gemeinen Lasten. Endlich sind privilegirt ähnlich wie im gemeinen Konkurse die aus Gesinde- und Miethverträgen herrührenden, dem letzten Jahre vor dem Exekutionsbeginn entstammenden rückständigen Forderungen derjenigen Personen, die zur Bewirthschaftung eines landwirthschaftlichen Grundstücks oder dem Betriebe der mit diesem verbundenen Nebengewerbe dauernd angestellt waren.[4] Erforderlich ist, daß sie noch bei dem Beginn der Exekution im Dienste des Subhastaten standen oder bereits vorher jene Rückstände ausgeklagt und die Verfolgung derselben unausgesetzt fortgesetzt haben.[5][6]

---

1) Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §. 46 ff. Die R. K. O. berührt diese Materie nicht, vgl. §. 39 Abs. 2.

2) Unmittelbar vom Ersteher sind zu entrichten die Kosten des Zuschlagserkenntnisses, Subhastationsordnung §. 58. Aber auch andere auf seinen Antrag und in seinem Interesse allein veranlaßte Kosten, z. B. die Kosten der Sequestration des Grundstücks nach dem Zuschlagsbescheid, ferner die Kosten seiner Besitzeinweisung fallen dem Ersteher direkt zur Last.

3) Konkursordnung §§. 47. 50. 59 Abs. 2.

4) Es ist eine Frage, über welche das richterliche Ermessen im einzelnen Falle befinden muß, ob eine Fabrik Zubehör eines Grundstücks ist oder eine selbständige Sache bildet, in welchem Falle dies Privilegium nicht zur Anwendung kommt.

5) Konkursordnung §. 77, Striethorst Archiv Bd. 54 S. 228.

6) Nach dem Berggesetz vom 24. Juni 1865 §. 249 haben die Bergarbeiter bezüglich ihrer Forderungen aus dem letzten Jahre an Lohn und Emolumenten das Vorrecht des Gesindes, im Uebrigen treten die allgemeinen Vorschriften ein.

Digitized by Google

2. In zweiter Linie treten die Realberechtigten ein, deren Ansprüche bei Einleitung der Subhastation vor Eintragung des Sperrvermerks im Grundbuche verzeichnet waren. Je nach ihrer Priorität konkurriren hier Realberechtigte der zweiten und dritten Abtheilung.

Die Realberechtigten der zweiten Abtheilung kommen an ihrer Stelle in Ansatz, einmal mit den seit Beginn der Exekution laufenden Prästationen, und dann mit den Rückständen der zwei letzten Jahre vor diesem Zeitraum; die Last selbst geht in der Regel auf den Ersteher über; ist dies nach den Verkaufsbedingungen nicht der Fall, so ist endlich auch der Ablösungswerth der Last an ihrer Stelle anzusetzen.[7] Die Pfandforderungen werden an ihrer Stelle mit den aufgelaufenen Kosten, dann den seit Beginn der Exekution laufenden Zinsen, weiter mit vorgängigen zweijährigen Zinsrückständen, endlich mit dem Kapital angesetzt.

Forderungen mit gleicher Priorität werden aus der zu Gebote stehenden Masse nach Proportion des Betrages befriedigt, der sich durch die Summirung nach Kapital, Kosten und bevorrechteten Zinsansprüchen für jede ergiebt.[8]

Unverzinsliche, noch nicht fällige Forderungen werden unter Abzug des Interusuriums getilgt.[9] Suspensiv bedingte gelten in der Zwischenzeit noch nicht als geschuldet. Daher erhalten einstweilen diejenigen Interessenten, welche beim Ausfallen der bedingten Forderung zur Befriedigung zu bringen sind, den ihnen für diesen Fall zukommenden Betrag gegen Sicherstellung der Rückgewähr für den Fall des Eintritts der Bedingung. Bis zur Leistung der Sicherheit bleibt die Summe in gerichtlicher Verwahrung.[10]

3. Nach Befriedigung der zur Zeit der Einleitung der Subhastation vorhandenen bevorrechteten Realgläubiger wird der Ueberrest der Kaufgelder unter die Gläubiger folgendermaßen vertheilt. Zunächst kommen zur Hebung diejenigen persönlichen Gläubiger, welche die Subhastation betrieben haben, und die Realgläubiger, deren dingliche Rechte erst nach Eintragung des Subhastationsvermerks entstanden sind. Unter ihnen ist die Reihe derart, daß die Antragsteller der Subhastation vorerst befriedigt werden, worauf die Adhärenten und die nach der Eintragung der Subhastation eingetragenen Realgläubiger folgen und zwar je nach dem Tage der Verfügung, welche ihren Beitritt zur Subhasta-

---

7) Konkursordnung §. 52. Die Reihenfolge bestimmt zugleich das Vorrecht.

8) Entsch. des Obertrib. Bd. 65 S. 428. Es kommen nicht etwa die Zinsenrückstände der neuen Post vor der Kapitalforderung der andern zur Hebung.

9) Subhastationsordnung §. 75, Konkursordnung §. 249. Das Gesetz legt die sogenannte Hoffmann'sche Methode zu Grunde, wonach Zinsen von Zinsen nicht in Betracht kommen. Vgl. unten Bd. 2 §. 21 Anm. 6.

10) Subhastationsordnung §. 76. Ueber fortlaufende Hebungen §. 77.

Digitized by Google

tion für zulässig erklärt hat, beziehungsweise ihrer Eintragung im Grundbuche. Weiter kommen zur Hebung sämmtliche Realgläubiger ohne Unterschied ihres Ranges wegen älterer als zweijähriger Rückstände von Zinsen und anderen Jahresleistungen. [11]

4. Die übrigbleibenden Kaufgelder fallen schließlich dem Subhastaten zu. Statt seiner rücken ein etwaige Cessionarien desselben, sowie persönliche Gläubiger, welche sich die Kaufgelder gerichtlich überweisen ließen. [12]

§. 352. Die Kaufgelderbelegung. Verfahren.

Für die Vertheilung der Kaufgelder ist der Kaufgelderbelegungstermin bestimmt. Derselbe ist nach Verkündigung des Zuschlagsurtheils von Amtswegen durch den Subhastationsrichter anzusetzen. [1] Zu demselben sind der Ersteher und die bekannten Subhastationsinteressenten zu laden.

1. Im Termine ist zuvörderst der Betrag der zu vertheilenden Masse nach Abzug der Masseschulden festzustellen. [2]

2. Der weitere Zweck ist die Liquidation der Ansprüche der Interessenten. Sie haben zur Wahrung ihrer Rechte im Termine zu erscheinen. [3] Für die ausgebliebenen Gläubiger erfolgt eine Liquidation von Amtswegen, wenn sie entweder die Extrahenten der Subhastation oder Adhärenten sind, nach Lage der Akten, oder wenn ihre Forderungen im Hypothekenbuche eingetragen sind, nach Maßgabe des Buches, wobei ihnen aber außer dem Kapitalbetrage nur die laufenden Zinsen und Jahresleistungen, nicht auch Rückstände und Kosten berechnet werden. [4] Für eine Kautionshypothek ist im Falle des Ausbleibens

---

11) Subhastationsordnung §. 60.

12) Forderungen, welche im Konkurse nicht geltend gemacht werden können, insbesondre Geldstrafen, Zuwendungen aus Liberalität und auf den Todesfall werden nur post omnes aus der Masse berichtigt, Subhastationsordnung §. 61 Abs. 1.

1) Subhastationsordnung §. 62 Abs. 1.

2) Subhastationsordnung §. 65 Abs. 1.

3) Subhastationsordnung §. 68. Nur die im Termin selbst abgegebnen Parteierklärungen sind für den Subhastationsrichter maßgebend. Wer jedoch im Termine aus Irrthum zu wenig liquidirte, oder wer ausblieb und um deswillen mit geringeren Beträgen angesetzt wurde, kann gegen denjenigen, welcher in Folge dessen mehr empfing, was Jenem nach seiner Priorität gebührte, eine Anfechtungsklage anstellen. Es besteht also nur ein Provisorium. Die Anfechtung ist nicht zulässig wegen der Zinsrückstände und der Kosten, welche in Folge des Ausbleibens im Kaufgelderbelegungstermin nicht angesetzt wurden. Striethorst Bd. 90 S. 203; dies entspricht den Tendenzen des Verfahrens, wenn auch das Gesetz einen bestimmten Anhalt hierfür nicht gewährt.

4) Nach der Konkursordnung §. 390 wurden früher den ausgebliebenen Hypothekarien zweijährige Zinsenrückstände vorbehalten. Dies ist nunmehr aufgehoben. Subhastationsordnung §. 68. Die Ausstellung von Zinsquittungsscheinen bei Grundschulden ändert nichts.

Digitized by Google

ihres Inhabers nichts anzusetzen.[5] Der Subhastat ist berechtigt, die Richtigkeit der liquidirten Forderung oder deren Recht auf Befriedigung aus den Kaufgeldern bei der Kaufgelderbelegung zu bestreiten. Hierzu ist auch jeder Realgläubiger, sowie jeder Gläubiger, auf dessen Antrag die Subhastation betrieben wurde, befugt, sofern durch die bestrittene Forderung seiner Befriedigung Eintrag geschehen würde.[6] Dies vorbehältlich der besonderen Unanfechtbarkeit von Grundschulden durch später eingetragene Konventionalpfandgläubiger.[7] Der Widerspruch hält die Auszahlung aber nur dann auf, wenn er rechtlich begründet, durch solche Beweismittel unterstützt ist, welche zur Anlegung eines Arrestes ausreichen würden, und wenn der Widersprechende dem Subhastationsrichter die Anstellung einer Klage gegen den zur Hebung gelangenden Gläubiger nachweist. Hierfür hat der Subhastationsrichter dem Widersprechenden eine Frist von längstens 14 Tagen zu stellen.[8]

3. Hat sich der Ersteher mit den zur Hebung berechtigten Gläubigern nicht über das Stehenlassen ihrer Pfandforderungen geeinigt, so ist er zur Baarzahlung der Kaufgelder verbunden und sind dieselben nach Maßgabe des richterlichen Vertheilungsplans zu berichtigen. Erfolgt weder eine Vereinbarung[9] noch Zahlung der Kaufgelder, so wird dem Perceptionsberechtigten ein entsprechender Theil des Kaufgelderrückstandes überwiesen. Dieser Anspruch auf eine Kaufgelderrate wird nach Maßgabe der Stelle des Perceptionsberechtigten hypothekarisch sichergestellt.

Ob durch eine solche Ueberweisung der Kaufgelderrückstände der persönliche Schuldner befreit werde, für dessen Schuld die alte Hypothek bestellt war, wurde früher bestritten. Nach allgemeinen Gründen war die Frage

---

5) Anderer Ansicht Jäckel a. a. O. S. 166. Allerdings scheint die Bestimmung der Subhastationsordnung §. 64 Abs. 3, wonach „für eine in gänzlich unbestimmter Höhe eingetragene Forderung" nichts anzusetzen ist, nicht zutreffend für die derzeitigen Kautionshypotheken, bei welchen nach §. 24 des Gesetzes über den E. E. vom 5. Mai 1872 der höchste Betrag der Haftung eingetragen wird. Es fehlt jedoch, so lange eine Umschreibung in einen bestimmten Betrag oder eine Liquidation im Termin nicht erfolgt ist, „an einem Kapitalbetrag," welcher nach §. 68 der Subhastationsordnung angesetzt werden könnte, jenes Maximum kann hiermit nicht identificirt werden.

6) Subhastationsordnung §. 70. Persönliche Gläubiger des Subhastaten, welche der Subhastation nicht beigetreten sind, haben keinerlei Anspruch.

7) Vgl. oben §. 335.

8) Vgl. Gruchot Bd. 15 S. 750. Die Anfechtung im Wege der Klage wird durch diese Frist nicht berührt.

9) Durch eine solche Vereinbarung wird der bisherige persönliche Schuldner befreit, wie durch Zahlung. Vgl. oben S. 825 a. 13.

Digitized by Google

nicht schlechthin zu bejahen.[10] Hiermit stimmt auch die derzeitige Subhastationsordnung überein.[11]

4. Wird im Termin Richtigkeit oder Vorrecht einer Forderung bestritten, so wird der entsprechende Betrag als Specialmasse in richterlicher Verwahrung zurückbehalten.[12] Ebenso wird verfahren, wenn die Person oder der Aufenthalt dessen unbekannt ist, welcher im Grundbuche als Eigenthümer einer an sich unbestrittnen Post verzeichnet steht.[13]

Unter Anderm ist dies dann der Fall, wenn bei der Verurtheilung der Kaufgelder sich niemand mit Ansprüchen auf eine in das Grundbuch eingetragene zur Hebung kommende Realforderung gemeldet hat oder wenn der sich Meldende die ihn legitimirenden Hypothekenurkunden nicht beibringen kann. In diesen Fällen ist dem unbekannten Gläubiger ein Pfleger zu bestellen und ein Aufgebotsverfahren einzuleiten, falls die Nachforschungen des Pflegers keinen abschließenden Erfolg hatten.

5. Besteht eine Forderung in dem Anspruche auf fortlaufende Hebungen, so wird der entsprechende Kapitalbetrag verzinslich angelegt und der Berechtigte aus den Zinsen und, sofern diese nicht zureichen, aus dem Kapital selbst an den Fälligkeitsterminen befriedigt.[14]

---

10) Ueberwiegend nahm man früher nach der Fassung der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §§. 388. 399 Liberation des Schuldners mit der Ueberweisung der Kaufgelder an, Entsch. des O. Trib. Bd. 76 S. 130, vgl. hiergegen die Argumentation der l. 9 D. de distr. pign. 20, 5 . . ex necessitate facta venditio non liberat debitorem, nisi pecunia percepta.

11) Subhastationsordnung §. 66 Abs. 2, §. 78. Jäckel bei Gruchot Bd. 19 S. 452. Der Perceptionsberechtigte erhält mit der Ueberweisung der auf ihn entfallenden Kaufgelderrate Gläubigerrechte, und zwar nicht als Cessionar oder gar als Assignatar, sondern als Primitivgläubiger; denn die Kaufgelder sind für den, welchen es angeht, bedungen, die Ueberweisung stellt also nur den Berechtigten fest. Das Verhältniß der neuen Forderung zu der ältern persönlichen Forderung des Perceptionsberechtigten ist aufzufassen als das eines eventuellen Befriedigungsmittels, ähnlich wie dies bei Uebermachung von Wechseln auf Kaufgelderforderungen üblich ist, vgl. unten Bd. 2 §. 63. Der Perceptionsberechtigte hat daher die überwiesene Forderung sorgfältig zu betreiben, und es haftet ihm der ursprüngliche Schuldner, sowie die etwa noch korrealiter verpfändeten Grundstücke, und etwaige Faustpfänder bürgen nur für den Ausfall, den er ohne eigne Schuld erlitt. Er kann aber auch, ehe er etwas versäumt hat, die ursprünglich Verpflichteten gegen jura cessa belangen. — Die meist angenommene, einfache solidarische Verpflichtung des Erstehers und des ursprünglichen Schuldners führt zu keiner angemeßnen Erledigung, vgl. übrigens Gruchot Bd. 18 S. 683 ff. und S. 872 ff.

12) Subhastationsordnung §. 67. Wird die Eintragung des Kaufgelderrückstandes nothwendig, so trägt man die Streitmasse, d. h. denjenigen, welcher künftig obsiegen wird, als Eigenthümer ein, oder wenn man die Eintragung einer bestimmten Person — arg. §. 23 des E. G. — für nöthig hält, denjenigen, welcher die Post liquidirt hat, unter Vermerk des eingelegten Widerspruchs. Das Letztere erachtet als das Korrekte Jäckel a. a. O. S. 177.

13) Subhastationsordnung §. 80 ff.

14) Konkursordnung §. 398. Vgl. Gruchot Bd. 14 S. 116.

Digitized by Google

6. Auf Grund des Zuschlagsbescheides und des Kaufgeldervertheilungsprotokolls hat der Subhastationsrichter von Amtswegen das Grundbuchamt zu ersuchen, die Aenderungen des Realzustandes des subhastirten Grundstücks einzutragen. Es wird also der Subhastationsvermerk gelöscht, der Ersteher als Eigenthümer auf das Eigenthumsblatt eingeschrieben. Nicht weniger werden alle eingetragenen Realrechte, welche nicht nach dem Gesetze, wie die Eintragungen der zweiten Abtheilung, oder nach Vertrag auf den Ersteher übergehen, zur Löschung gebracht, dagegen der Kaufgelderrückstand den Perceptionsberechtigten als Hypothek zugeschrieben.

Diese Hypothek ist nicht die alte des Realberechtigten, die vielmehr gelöscht wird, sondern eine neue, richterliche, unmittelbar vollstreckbare.

§. 353. Die Resubhastation.[1]

In Uebereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Praxis, welche sich hierbei in freier Weise an römische Bestimmungen über das pignus ex causa judicati captum angeschlossen hat, kann auch nach unserem Rechte ein zweiter Verkauf, die sogenannte Resubhastation, betrieben werden, wenn der Ersteher die Kaufgelder[2] nicht bezahlt oder sonst die hebungsberechtigten Gläubiger befriedigt hat.

Die Resubhastation ist keineswegs als eine Wiedereröffnung der ursprünglichen Subhastation zu betrachten, wie dies im römischen Rechte bei der Resubhastation des pignus ex causa judicati captum der Fall war.[3] Subhastat ist nicht der ursprüngliche Realschuldner, sondern der Ersteher, welcher seinen Verpflichtungen nicht nachkam, oder sein Rechtsnachfolger.[4] Der Uebergang des Eigenthums auf den Ersteher, wie ihn der Zuschlag bewirkt hat, wird also nicht, wie bei einer lex commissoria, rückwärts hin aufgehoben, vielmehr ist sein Eigenthumsrecht gerade die Grundlage der Resubhastation. Dem Ersteher bleiben daher die Nutzungen bis zur neuen Versteigerung oder einer vorgängigen Beschlagnahme. Rechte, welche der Ersteher vor dem Zuschlage an dem subhastirten Grundstücke hatte und die durch Konfusion untergegangen sind, leben nicht wieder auf, wenn das Grundstück mittels Resubhastation an einen neuen Ersteher gelangt.[5]

---

1) Subhastationsordnung §. 59, Jäckel hierzu. Vgl. Strippelmann Subhastation S. 414. Dernburg Pfandrecht II S. 266.

2) Zu den Kaufgeldern gehören richtiger Ansicht nach implicite die Zinsen, welche der Ersteher zu leisten hat.

3) l. 15 §. 7. D. de re judic. 42, 1.

4) Die Resubhastation bleibt auch nach Veräußerung des Grundstücks durch den Ersteher zuständig.

5) Belastungen, die der Ersteher bewilligt hat, bleiben an sich bestehen. Doch haben die Gläubiger, welchen die Kaufgelder überwiesen sind, das Recht, zu verlan-

Digitized by Google

Die Resubhastation kann von Jedem beantragt werden, welchem nach dem Kaufgelderbelegungsprotokolle ein Theil des Kaufgeldes gebührt, also nicht nur den bei dem früheren Verfahren betheiligten Gläubigern, sondern auch dem ehemaligen Subhastaten, welchem Kaufgelder überwiesen wurden. Stundung der Kaufgelder schließt den Antrag auf Resubhastation nach Ablauf der Zeit nicht aus. Dem Perceptionsberechtigten steht auch frei, die Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen des Erstehers nachzusuchen, da dieser ihnen als zur Zahlung der ihnen gebührenden Kaufgelderrate verurtheilt gilt. Kein Betheiligter ist bei Ausübung dieser Rechte an die Zustimmung der übrigen Perceptionsberechtigten gebunden.

Der etwa bei der Resubhastation erlöste Mehrbetrag über die im ersten Verfahren erzielte Summe hinaus, ist dem Adjudikatar oder seinem Rechtsnachfolger, gegen welchen das Verfahren eingeleitet wird, nicht aber dem ursprünglichen Subhastaten zuzuwenden. Dagegen bleibt der Adjudikatar für den Ausfall in der Resubhastation persönlich haftbar.

Wenn hiernach die Resubhastation eine neue Zwangsvollstreckung bildet, so ist sie doch eine Fortführung des früheren Verfahrens, was in mehreren Punkten von Erheblichkeit wird.[6]

Zweites Kapitel.

Das Pfandrecht an Mobilien.

I. Das reguläre Faustpfandrecht.

§. 354. Einleitung.

Eine regelmäßige Form für die Verpfändung von Mobilien, die Uebertragung der Gewahrsam,[1] hat den doppelten Zweck, die Verpfändung Dritten erkennbar zu machen und dem Verpfänder die thatsächliche Verfügung über das Pfandobjekt zu entziehen. Daher kann die Verabredung, daß der Verpfänder fortan die Gewahrsam für den Gläubiger ausüben solle, das sogenannte constitutum possessorium, zur Verpfändung nicht genügen.[2]

gen, daß das Grundstück ohne solcher Gestalt geschaffene Lasten ausgeboten werde, wenn ihnen das Ausgebot mit der Last keine vollständige Befriedigung verspricht.

6) Die Vollmacht, die Rechte eines Subhastationsinteressenten in einer Subhastation wahrzunehmen, legitimirt auch für die Resubhastation. Johow Jahrb. Bd. 1 S. 64. Dagegen Jäckel a. a. O., siehe aber Jäckel S. 62 unter 6.

1) L. R. I, 20 §. 7.

2) L. R. I, 20 §§. 104. 105. Vgl. Meibom Deutsches Pfandrecht S. 318. Kann ein Faustpfand durch sogen. traditio brevi manu begründet werden, indem

Digitized by Google

Der Verpfändung kann ein Vertrag über die Pfandrechtsbestellung vorausgehen, aus welchem eine Klage auf Aushändigung der Pfandsache entspringt.[3] Hiervon zu unterscheiden ist der Verpfändungswille, welcher in Verbindung mit der Uebergabe das Pfandrecht schafft. Derselbe kann mit der Besitzübertragung zusammenfallen oder ihr nachfolgen.

Da es sich bei der Faustpfandbestellung um ein Realgeschäft handelt, so genügt die formlose und indirekte Erklärung dieses Willens. Ja, der Verkehr bevorzugt indirekte Erklärungen, indem man sich z. B. der Ausdrücke deponiren, Deckung geben, bedient.[4]

Die Fortdauer des Besitzes des Gläubigers ist nicht schlechthin Bedingung der Erhaltung seines Pfandrechts. Zwar geht das Pfandrecht durch freiwillige Aufgabe des Besitzes Seitens des Pfandgläubigers unter; dasselbe erhält sich aber im Falle eines unfreiwilligen Besitzverlustes. Dritte redliche Erwerber haben jedoch der Pfandklage gegenüber dieselben Rechte wie gegen die Eigenthumsklage, indem sie im Falle der Herausgabe der Sache Ersatz des gegen ihren Empfang Gegebenen oder Geleisteten fordern können.[5]

Die Nothwendigkeit der Besitzübertragung des Pfandobjekts an den Gläubiger erschwert die Verpfändung an Mehrere, macht eine solche aber nicht unmöglich. Dieselbe kann derart stattfinden, daß ein Gläubiger zugleich als Vertreter der Anderen den Besitz des Pfandobjekts ausübt, oder daß ein Dritter, bei welchem die Sache niedergelegt wird, Vertreter mehrerer Gläubiger ist. Die Rangordnung zwischen den mehreren Gläubigern bestimmt sich allgemeinen Grundsätzen gemäß nach dem Alter ihrer Pfandrechte.

§. 355. Voraussetzungen des Faustpfandrechts.

Die Voraussetzungen, welche das römische und das gemeine Recht für die Begründung der Pfandrechte entwickelt haben, gelten auch für unser Faustpfandrecht, soweit die Nothwendigkeit der Besitzübertragung des Pfandobjekts an den Gläubiger nicht einwirkt.

1) Erforderniß ist, daß der Verpfänder Eigenthümer der Pfandsache sei oder Vollmacht habe, für diesen zu handeln. Wer indessen von einem Nichteigenthümer redlicherweise ein Pfand nahm, kann nach den Grundsätzen

---

man dem bisherigen Detentor verpfändet? Es fehlt hier die Erkennbarkeit! Aber diese ist durch die Besitzübertragung ohnehin nur annähernd zu erreichen. Dem Verpfänder ist, worauf das Hauptgewicht zu legen ist, die Verfügungsmacht entzogen. Man wird daher eine solche Verpfändung nicht beanstanden können. Anerkannt durch R. O. H. G. Bd. 20 S. 77. Vgl. noch R. O. H. G. Bd. 14 S. 102.

3) L. R. I, 20 §. 110.

4) Dernburg Pfandrecht I S. 184. Goldschmidt Handelsrecht I S. 892.

5) L. R. I, 20 §. 118 ff.

Digitized by Google

des preußischen Rechts Erstattung dessen fordern, was er gegen diese Deckung geleistet hat, nicht aber der ihm geschuldeten Zinsen oder sonst ausbedungenen höheren Beträge.[1] Wird der verpfändende Nichteigenthümer später Eigenthümer der Pfandsache oder wird der Eigenthümer sein Erbe, so konvalescirt das Pfandrecht, jedoch unbeschadet der in der Zwischenzeit erworbenen Rechte Dritter.[2] Auch durch spätere Genehmigung des Eigenthümers, die selbst stillschweigend geschehen kann,[3] erhält das vom Nichteigenthümer ausgehende Pfandrecht nachträgliche Geltung.

2) Erwerben kann das Pfandrecht an Mobilien nur ein Forderungsgläubiger, denn das Faustpfand hat den accessorischen Charakter behalten, welchen das römische Recht dem Pfandrechte beilegte. Auch künftige Ansprüche können im Voraus durch ein Faustpfand versichert werden,[4] so daß es von Anfang an datirt, wenn die Forderung später entsteht. Ein Pfandrecht für einen ungültigen Anspruch ist ohne Wirkung; aber es erlangt von Zeit der Bestellung an volle Kraft, wenn die Anfangs ungültige Forderung in der Folge rechtsbeständig wird.[5] Nicht erforderlich ist, daß die Forderung, für welche ein Faustpfand gegeben wird, klagbar sei; namentlich ist die Bestellung eines Faustpfandes giltig für eine bloß mündliche Verpflichtung, welche zu ihrer Klagbarkeit der Schriftlichkeit bedurft hätte. Nach einer besonderen Bestimmung des Landrechts darf der Empfänger selbst dann, wenn die zu versichernde Forderung wegen eines Formmangels nichtig war, das Pfand bis zur Erstattung des Geleisteten zurückhalten.[6]

§. 356. Gegenstand des Faustpfandrechts.

Gegenstand eines Faustpfandes kann nur sein, was veräußerlich ist und in die Gewahrsam des Pfandgläubigers treten kann. Namentlich sind also verpfändbar körperliche bewegliche Sachen, auch fungible, z. B. Getreidevorräthe. Denkbar ist selbst eine Verpfändung zu einem ideellen Theile, falls nur die Sache in die Gewahrsam des Gläubigers gebracht wird. Künftige Sachen sind dann im Voraus verpfändbar, wenn dem Gläubiger der Besitz der Sache, aus welcher sie sich entwickeln, überliefert wird; dies

---

1) L. R. I, 20 §. 80, vgl. I, 15 §. 25.

2) L. R. I, 20 §§. 16. 17.

3) L. R. I, 20 §. 79 auf Grund der l. 5 §. 2 D. in q. c. p. t. c. 20, 2, wobei aber vom Landrecht das dort nicht hervorgehobene Moment betont wird, daß der sich verbürgende Eigenthümer die Verpfändung kannte.

4) L. R. I, 20 §. 14. l. 5 pr. D. de pignoribus 20, 1.

5) L. R. I, 20 §§. 12. 13. Unter Umständen liegt in der Pfandbestellung eine für den Besteller bindende Anerkennung einer an sich entkräftbaren Forderung. Dernburg Pfandrecht I S. 545 ff.

6) L. R. I, 20 §§. 97. 98.

Digitized by Google

gilt z. B. von künftigen Früchten.[1] Auch die Verpfändung einer Sachgesammtheit, z. B. eines Waarenlagers, einer Heerde kann vorkommen, wenn dem Gläubiger oder einem Vertreter desselben die Gewahrsam eingeräumt wird. Sind die einzelnen Stücke dem Zwecke der Sachgesammtheit gemäß zur Veräußerung bestimmt, so tritt das ordnungsmäßig Veräußerte aus der Pfandverhaftung aus, während die hierfür angeschafften Stücke in das Pfandrecht des Gläubigers treten.[2] — An Grundstücken ist ein Besitzpfandrecht nur in Verbindung mit der Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld möglich, da ein Pfandrecht an Grundstücken ohne Eintragung im Grundbuche nicht zulässig ist.[3]

Das Pfandrecht an einer Mobilie erstreckt sich auf das mitübergebene Zubehör, desgleichen auf künstliche oder natürliche An- und Zuwüchse.[4] Es ist z. B. das Füllen mitverpfändet, welches die verpfändete Stute beim Gläubiger wirft. Erstreckt sich das Pfandrecht an einem Papier auf den Inhaber, auf die zugehörigen Zinskoupons und Dividendenscheine? Dies ist als Wille der Parteien anzusehen, wenn die bezüglichen Scheine oder Talons mit übergeben wurden.[5] Auch etwaige neue Aktien werden zu dem Zuwachs zu rechnen sein, wenn sie dem Besitzer der verpfändeten Aktien nach den Statuten oder Beschlüssen der Generalversammlung zu einem günstigeren als dem derzeitigen Börsenkurse überlassen werden.

Häufig kommt es vor, daß der Schuldner einem Gläubiger Geld oder andere Fungibeln oder auch Inhaberpapiere unter der Bestimmung aushändigt, daß ihm nach der Schuldtilgung Objekte gleicher Art zurückzuerstatten sind. Im Zweifel wird man ein solches Geschäft namentlich dann als beabsichtigt ansehen, wenn Geld unverschlossen übergeben wird oder Papiere auf den Inhaber der Art verpfändet werden, daß auf dem vom Gläubiger ausgestellten Empfangsbekenntnisse nur die Gattung, nicht Littera und Nummer des übergebenen Papiers angegeben wird. Im Leben bezeichnet man solche Geschäfte als Kaution, z. B. als Pacht- oder Dienstkaution. Im Grunde liegt aber eine Abart des Pfandrechts vor, dessen wesentliche Kennzeichen durch die Uebermachung von Vermögensobjekten an den Gläubiger behufs der

---

1) L. R. I, 20 §. 113 ff.

2) Ueber römisches Recht l. 34 D. de pign. 20, 1, Dernburg Pfandrecht I §. 59.

3) L. R. I, 20 §§. 71. 100.

4) L. R. I, 20 §. 157. Vgl. l. 3 C. in quibus causis pignus 8, 15. l. 1 C. de partu 8, 25.

5) Die Kautionen der Staats- und Reichsbeamten werden in Reichs- oder Staatsobligationen — Reichsgesetz vom 2. Juni 1869, Preuß. Gesetz vom 25. März 1873 — gestellt. Sie ergreifen auch die Zinsen, soweit der Zinsschein dem Kautionssteller, was aber für die fälligen zu geschehen hat, nicht belassen werden.

Digitized by Google

Sicherung für eine Forderung gegeben sind.[6] Deshalb ist auch die Klage des Verpfänders auf Rückgewähr als actio in personam pigneratitia aufzufassen; nur ist sie nicht auf Restitution der übergebenen Species, sondern einer Summe gerichtet, da Eigenthum und Gefahr auf den Gläubiger übergingen. Ein Separationsrecht im Konkurse des Pfandgläubigers steht dem Verpfänder nicht zu, da er nicht als Vindikant auftreten kann.[7]

§. 357. Rechtsverhältnisse. 1. Recht des Gläubigers auf Besitz.

Die Verpfändung giebt dem Gläubiger das Recht auf den sogenannten unvollständigen Besitz,[1] und mit diesem die possessorischen Rechtsmittel.

Das römische Recht gestattete bekanntlich dem Faustpfandgläubiger, die Pfandsache auch nach Tilgung der versicherten Forderung wegen bloß chirographischer Ansprüche zurückzuhalten.[2] Das preußische Recht kennt dieses Retentionsrecht nicht.[3] Unter Umständen greift aber das handelsrechtliche Retentionsrecht ein, welches der Kaufmann wegen fälliger Forderungen ausüben kann, welche ihm gegen einen andern Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen.[4]

Das Recht sowie die Pflicht zum Gebrauch und zur Benutzung der Pfandsache entscheidet sich nach denselben Gesichtspunkten, wie nach römischem Rechte. Was der Verpfänder nur für seinen persönlichen Gebrauch bestimmt hatte, darf der Faustpfandgläubiger weder selbst benutzen, noch Anderen zur Nutzung überlassen.[5] Hat der Schuldner aber eine regelmäßige Einnahme aus den verpfändeten Objekten gezogen, so ist der Gläubiger berechtigt, dieselben in gleicher Weise zu benutzen, und er ist hierzu verpflichtet, wenn der Sachlage nach eine solche Benutzung billiger Weise von

---

6) Pfaff: Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung 1868 nimmt an, der Empfänger der Kaution erhalte ein Pfandrecht an der gegen ihn selbst bestehenden Forderung auf Rückgabe der Kautionssumme. Die Zuzählung des Geldes sei zugleich Errichtung und Verpfändung dieser Forderung. Vgl. hiergegen Exner Pfandrechtsbegriff S. 180 ff. Siehe noch Dernburg Pfandrecht I S. 429 ff., Gruchot Beitr. Bd. 10 S. 463 ff.

7) Ueber den §. 24 der Konk. O. vgl. unten Bd. 2 §. 117 Anm. 7.

1) L. R. I, 20 §. 117. Ueber römisches Recht vgl. l. 16 D. de usurp. 41, 3.

2) l. un. C. etiam ob chirogr. pec. pignus retineri posse. 8, 27.

3) L. R. I, 20 §. 171 ff.

4) H. G. B. Art. 313.

5) Wer die Pfandsache gleichwohl gebraucht, hat für den Gebrauch Entschädigung zu leisten und für das geringste Versehen zu haften, L. R. I, 20 §§. 123. 124. Nach römischem Rechte stand der Gläubiger in solchem Falle wegen seines furtum usus für Zufall ein, §. 6 J. de obl. quae ex delicto 4, 1. Vgl. auch L. R. I, 14 §. 85. Oeffentliche Strafe droht §. 290 des Strafgesetzbuchs den öffentlichen Pfandleihern, welche die von ihnen in Pfand genommenen Gegenstände unbefugterweise gebrauchen.

Digitized by Google

ihm zu erwarten war.[6] Der Gläubiger hat den gewonnenen Ertrag zur Bestreitung der auf der Sache ruhenden Lasten,[7] Befriedigung seiner Zinsansprüche[8] und endlich zur Tilgung des Kapitals zu verwenden, ein etwaiger Ueberschuß ist dem Pfandschuldner herauszugeben.[9] Wie nach gemeinem Rechte ist der Gläubiger regelmäßig zur Rechnungslegung über die bezogenen Früchte erst im Falle der Rückforderung des Pfandobjekts durch den Schuldner gehalten, wenn dieser die Tilgung der versicherten Forderung behauptet. Bei Grundstücken, Gerechtigkeiten und einem Inbegriff nutzbarer Sachen kann jedoch der Verpfänder nach einer besondern Vorschrift des Landrechts jährliche Rechnungslegung verlangen.[10] Der antichretische Vertrag ist bei Mobilien wie Grundstücken zulässig.[11] Der Pfandgläubiger haftet für mäßige Verschuldung, insbesondere für Obhut.[12]

Das römische Recht stellte dem Pfandgläubiger frei, die Pfandsache zu verafterpfänden. Dabei haftete er nur für Verschulden in der Auswahl des Pfandgläubigers. Unser Recht gestattet hingegen die Afterverpfändung einer verpfändeten beweglichen Sache bloß für den Fall der Einwilligung des Verpfänders.[13] Geschah der weitere Versatz ohne solche Einwilligung, so muß der erste Pfandnehmer selbst den Zufall tragen, welchen die Sache beim Afterpfandgläubiger erlitt, wenn er nicht nachweisen kann, daß dieser Schade die Sache auch in seiner Gewahrsam betroffen haben würde.

§. 358. 2. Das Verkaufsrecht.

Dem Faustpfandrecht ist das Verkaufsrecht wesentlich. Haben die Parteien einen Vertrag über Nichtverkauf der Pfandsache geschlossen, so gilt als Absicht, bloß die Revenüen zu verpfänden; war dies aber offenbar nicht die Meinung der Parteien, so darf der Gläubiger den Verkauf erst dann

---

6) L. R. I, 20 §. 139. Vgl. l. 1. l. 2. l. 3. C. de pign. a. 4, 24. l. 11 C. de usuris 4, 32, Dernburg Pfandrecht II S. 70 ff.

7) L. R. I, 20 §. 153.

8) Die sogen. antichresis tacita, welche l. 8 D. in q. c. p. t. c. 20, 2 anerkennt, findet bei uns nicht statt.

9) L. R. I, 20 §. 147 ff. Der Pfandgläubiger hat in solchem Falle Pflicht der Anzeige, widrigenfalls er die höchsten Zinsen ersetzen sollte. Heutzutage wird es, da „höchste Zinsen“ nicht mehr existiren, bei den gesetzlichen bewenden müssen.

10) L. R. I, 20 §. 144 ff.

11) Vgl. hierüber oben §. 339.

12) Ob der Pfandgläubiger, dem Papiere verpfändet sind, die Auslosung zu überwachen hat, ist Frage des konkreten Falls. In der Regel wird dies nicht anzunehmen sein, da dem Verpfänder die Möglichkeit der Ueberwachung in dieser Richtung bleibt. Wenn der Gläubiger Banquier ist, wird häufig die Entscheidung anders auszufallen haben.

13) L. R. I, 20 §. 127 ff.

Digitized by Google

veranlassen, wenn Konkurs über das Vermögen des Schuldners ausgebrochen ist.[1]

Fälligkeit der Forderung und deren Nichttilgung ist selbstverständlich Erforderniß des Verkaufs.[2] Nach dem Grundsatze der ungetheilten Haftung des Pfandes kann dasselbe wegen eines jeden Restes ganz veräußert werden. Für die Vollziehung des Pfandverkaufs existiren zwei Systeme:

a) Derselbe ist möglich als Privatverkauf nach römischer Weise.[3] Hierbei wird die Liquidität der versicherten Forderung und eine richterliche Ermächtigung zur Vornahme des Verkaufs nicht erfordert. Der Gläubiger verkauft vielmehr selbst, sei es im Wege einer Versteigerung, sei es aus freier Hand, auf eigene Verantwortung. Die Veräußerung ist aber nur rechtsbeständig, wenn dem Veräußerer eine fällige Forderung und ein Pfandrecht zustand; anderen Falls beeinträchtigt sie das Eigenthum des bisherigen Eigenthümers nicht, welchem daher seine Vindikation bleibt.

b) Der Pfandverkauf kann sich in den Formen einer richterlichen Exekutivveräußerung vollziehen. Diese ist nur möglich nach vorgängigem Prozeß gegen den Pfandschuldner und Erwirken eines rechtskräftigen Erkenntnisses oder eines gleichstehenden Titels, mittels dessen die Vollstreckbarkeit der Forderung in das Pfand festgestellt wird.

Neben beiden Systemen kommen nun aber auch zahlreiche Mittelbildungen vor. Hiernach gestaltet sich das jetzige preußische Recht folgendermaßen:

1) Die regelrechte Form des Pfandverkaufs ist nach dem allgemeinen Landrechte die richterliche Exekutivveräußerung nach vorgängiger gerichtlicher Feststellung der Vollstreckbarkeit in das Pfand.[4] Sie vollzieht sich durch gerichtliche Auktion. Durch die öffentliche Versteigerung ist der Erwerber gegen Entwährung schlechthin gesichert, selbst wenn der Verpfänder Nichteigenthümer der verpfändeten Sache war.[5] Der Eigenthümer hat daher nur noch ein Anrecht auf die Kaufgelder, wenn er vor deren Aushändigung an den Pfandgläubiger intervenirt und nachher Ansprüche gegen den Pfandschuldner, sofern derselbe auf Kosten jenes Eigenthümers bereichert ist. Wegen Mängeln der Pfandsache haftet der Gläubiger dem Käufer nur, wie ein Ver-

1) L. R. I, 20 §§. 26, 27.

2) Es genügt der Regel nach, daß auch nur eine einzige Forderungsrate fällig ist. Vgl. Dernburg Pfandrecht II S. 119 und den besondern Fall der l. 8 §. 3 D. de p. a. 13, 7.

3) Vgl. Dernburg Pfandrecht II §. 99 ff.

4) L. R. I, 20 §. 28 ff.

5) Vgl. oben §. 188 sub 1.

Digitized by Google

käufer einer Sache in Pausch und Bogen,[6] er steht also nur ein für die Existenz der beim Verkauf angegebenen Objekte.

2) Gerichtliche Veräußerung ohne ein vorgängiges kontradiktorisches Verfahren gegen den Pfandschuldner wird in bestimmten Fällen zugelassen. Namentlich können konzessionirte, gewerbsmäßige Pfandleiher,[7] wenn die Verpfändung durch den Verpfänder in reglementsmäßiger Weise anerkannt ist, die gerichtliche Ermächtigung zur Veräußerung der bei ihnen niedergelegten Pfänder nachsuchen, wenn diese nicht binnen 6 Monaten, von der Verfallzeit an gerechnet, ausgelöst wurden. Die Auktion ist gerichtlich bekannt zu machen unter Aufforderung der Pfandschuldner zur Anmeldung etwaiger Einreden bei Strafe der Ausschließung vor dem auf mindestens 9 Wochen hinauszusetzenden Auktionstermin. Der Auktionserlös ist an das Gericht abzuliefern, welches den Pfandgläubiger befriedigt und den verbleibenden Rest dem Pfandschuldner auszahlt.[8]

In ähnlicher Weise gestattet das deutsche Handelsgesetzbuch Kaufleuten, welchen ein Faustpfand unter einer schriftlichen Urkunde bestellt ist, den Pfandverkauf bei dem zuständigen Handelsgericht nachzusuchen, ohne daß es einer vorgängigen Klage bedarf. Der Verkäufer ist zu sofortiger Anzeige an den Verpfänder verpflichtet.[9]

3) Das Recht außergerichtlichen Verkaufs haben Staat und Reich bezüglich der Amtskautionen.[10] Auch die Reichsbank und die Seehandlung sind zum Verkauf ihrer Lombardpfänder ohne Ermächtigung oder Mitwirkung des Gerichts befugt.[11] Endlich sind auch städtische Leihanstalten zu öffentlicher Veräußerung durch ihre Beamten, Auktionskommissare oder durch vereidete

---

6) L. R. I, 20 §. 216. I, 11 §. 344.

7) Nach der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 §. 35 bedarf, wer das Geschäft eines Pfandverleihers treibt, nicht mehr einer Konzession, vielmehr muß er nur Anzeige bei der Behörde machen. Die gesetzlichen Vorrechte, die dem konzessionirten Pfandverleiher zugewiesen sind, gehen aber auf einen Verleiher, der bloß eine solche Anzeige machte, nicht über. Indessen haben bekanntlich die Pfandverleiher durch die sog. Rückkaufsgeschäfte, d. h. Käufe mit Wiederverkauf, sich Wege eröffnet, die Kreditsuchenden in der schroffsten Weise auszubeuten. Allerdings bestimmt L. R. I, 11 §. 321: „Ist unter dem vorbehaltenen Wiederkauf ein wucherliches Geschäft verborgen, so ist der Kauf ungültig und die Handlung als ein Pfandvertrag zu behandeln." Aber dieser Paragraph wird in der Praxis wenig beachtet, da man ihn gewöhnlich mit der Aufhebung der Wuchergesetze für beseitigt hält.

8) Deklaration vom 4. April 1803 wegen Veräußerung der bei privilegirten Pfandleihern niedergelegten Pfänder.

9) H. G. B. Art. 310, Dernburg Pfandrecht II S. 270, Goldschmidt Handelsrecht I S. 929 ff.

10) Reichsgesetz vom 2. Juni 1869 §. 11. Preuß. Gesetz vom 25. März 1873 §. 11.

11) Reichsbankgesetz vom 14. März 1875 §. 20. Kab. Ordre vom 31. Januar 1827, betr. die Befugniß der Seehandlung.

Digitized by Google

Makler sechs Monate nach Ablauf des zur Rückzahlung bestimmten Termins und nach vorgängiger Bekanntmachung des Auktionstermins berechtigt.[12]

Private können das Recht zum Privatverkauf — selbst aus freier Hand — durch Vertrag erwerben. Es bedarf aber einer vorgängigen, unter Zuziehung des Schuldners aufgenommenen Taxe, unter welcher nicht verkauft werden darf;[13] bei Objekten, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, ist die Taxe nicht nothwendig.[14]

Nach dem Handelsgesetzbuche Art. 311 kann gültig unter Kaufleuten durch schriftlichen Vertrag der Privatverkauf für den Fall des Verzugs bedungen werden. Einer Taxe bedarf es hier nicht. Der Verkauf muß öffentlich geschehen; Objekte, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, können die Gläubiger auch durch einen Handelsmakler oder Auktionskommissar zu laufendem Preise verkaufen lassen. Eine Anzeige an den Pfandschuldner über den Verkauf ist Pflicht des Gläubigers.[15]

Der Pfandgläubiger hat den etwaigen Ueberschuß, den er im Wege des Privatverkaufs erzielte, sofort herauszugeben, widrigenfalls er von selbst in Verzug geräth.[16] Er haftet dem Käufer persönlich wegen Entwährung und Mängel.[17]

§. 359. Beendigung des Pfandrechts.

1) Das Faustpfandrecht als accessorisches Recht erlischt mit der völligen Tilgung der versicherten Forderung.[1] Dagegen erhält es sich, wenn wenigstens eine natürliche Verbindlichkeit übrig bleibt.[2]

2) Die Sache wird weiter von der Pfandbelastung befreit, wenn sie zur Befriedigung des Pfandgläubigers öffentlich auf sein Anstehen oder auch wenn sie durch ihn pfandrechtlich veräußert wird, sofern der Verkauf nicht wieder zurückgeht. Nach römischem Rechte konnte kein nachstehender Gläubiger und ebensowenig der Schuldner dem ersten Gläubiger das Pfand feil machen. Bei uns hingegen kann der Pfandschuldner nach Fälligkeit der versicherten

---

12) Ueber städtische Leihanstalten, K. O. vom 28. Juni 1826 unter 9.

13) L. R. I, 20 §. 30.

14) Präj. des O. Trib. 1908, Entsch. Bd. 15 S. 249.

15) Vgl. die Anm. 9 citirten Schriftsteller.

16) L. R. I, 20 §§. 219. 220. Weniger weit geht l. 6 §. 1 D. de pign. a. 13, 7.

17) L. R. I, 20 §. 217. Anders nach römischem Rechte vgl. Tit. Cod. creditorem evictionem pignoris non debere 8, 46.

1) L. R. I, 20 §. 55 ff.

2) Namentlich schadet die Verjährung der versicherten Forderung dem Rechte des Pfandgläubigers an dem in seinem Besitze befindlichen Pfande nichts. L. R. I, 20 §. 246.

Digitized by Google

Forderung den gerichtlichen Verkauf des Pfandobjekts, selbst gegen den Willen des Pfandgläubigers, beantragen und so dessen Recht zur Erlöschung bringen.[3] Nach früherem preußischem Rechte galt ferner, wie dies auch viele gemeinrechtlichen Schriftsteller, gestützt auf die Attraktivkraft des Konkurses, annahmen, der Pfandgläubiger als verpflichtet, die Pfandsache im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Pfandschuldners an die Masse abzuliefern und aus ihr nach Maßgabe seines Vorrechts seine Befriedigung zu erwarten.[4] Dies ist zwar im jetzigen Rechte weggefallen;[5] der Verwalter der Konkursmasse ist aber befugt, das Pfand auch vor Fälligkeit der versicherten Forderung einzulösen, desgleichen dessen Veräußerung zu fordern.[6] Auch einzelne persönliche Gläubiger sind befugt, die Exekution in Objekte zu betreiben, welche Dritten verpfändet sind. Der Faustpfandgläubiger ist aber aus dem Erlöse vorzugsweise zu befriedigen.[7]

3) Das Pfandrecht erlischt ferner durch absichtliches Aufgeben des Besitzes, auch wenn der Gläubiger sich dabei das Pfandrecht vorbehalten wollte.[8] Doch erhält ein solcher Vorbehalt das Pfandrecht gegenüber demjenigen, gegen welchen er eingelegt ist.[9] Hat der Gläubiger die Pfandsache bei einem Bevollmächtigten, Depositar und selbst Kommodatar niedergelegt, so behält er den Besitz und damit auch das Pfandrecht.[10]

4) Wer den Besitz des Pfandes gegenüber der Klage des Pfandschuldners oder des vindicirenden Eigenthümers doloserweise leugnet, wird des Pfandrechts verlustig.[11]

---

3) L. R. I, 20 §. 221.

4) A. G. O. I, 50 §. 377.

5) Verordnung vom 28. December 1840, Konkursordnung §§. 46. 383 ff.

6) Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §. 264. Auch nach der R. K. O. §. 117 hat der Konkursverwalter das Recht, die Verwerthung eines zur Masse gehörigen, einem Faustpfandgläubiger versetzten Objekte im Wege der Zwangsvollstreckung zu betreiben; hat jedoch der Faustpfandgläubiger das Recht des Privatverkaufs, so ist ihm hierfür gerichtlich eine Frist zu stecken, ehe der Konkursverwalter die Zwangsveräußerung betreiben kann.

7) Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §. 376. Nach der R. C. P. O. §. 710 kann der Pfändung widersprechen, wer sich auf Grund eines Pfandrechts im Naturalbesitz befindet, Widerspruch gegen die Pfändung hat aber nicht, wem Objekte im Wege s. g. symbolischer Verpfändung, z. B. Schiffe durch Eintragung in das Schiffsregister verpfändet sind. Auch der Vermiether hat hiernach ein Widerspruchsrecht gegen die Pfändung der Illaten seines Miethers nach deren Beschlagnahme.

8) L. R. I, 20 §. 253 ff. Das Einführungsgesetz zur R. K. O. §. 14 Abs. 1 will nichts Andres besagen.

9) L. R. I, 20 §. 254. Der hier erwähnte Vorbehalt muß nicht ausdrücklich sein. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 38 S. 44 ff.

10) Vgl. Schmidt Preuß. Pfandrecht S. 472.

11) L. R. I, 20 §. 256.

Digitized by Google

5) Geschah die Verpfändung auf bestimmte Zeit, so kann sich der Schuldner der versicherten Forderung hierauf nicht berufen. Dritten kommt der Präklusivtermin zu Gute, falls der Gläubiger nicht spätestens am dritten Tag nach Ablauf der Zeit aus dem Pfandrechte geklagt und das Verfahren ununterbrochen fortgesetzt hat.[12]

II. Sogenannte symbolische Verpfändung.

§. 360. Verpfändung durch symbolische Uebergabe.[1]

Häufig ist die körperliche Uebergabe von Objekten, die an sich sehr gut zu einer Pfandsicherheit geeignet sind, praktisch unthunlich. Den Verkehrsbedürfnissen entsprechend hat das preußische Recht in solchen Fällen eine sogenannte symbolische Uebergabe zugelassen! Durch dieselbe werden wenigstens annähernd die Hauptzwecke der körperlichen Uebertragung des Pfandobjekts erreicht, nämlich Erkennbarkeit der Verpfändung für Dritte und Behinderung des Verpfänders in der Verfügung über die Pfandsache.

Erforderlich sind für die symbolische Verpfändung Maßnahmen, welche die Verpfändung erkennbar machen. Waren dieselben unzureichend, so kann der Gläubiger gegen den Dritten, welcher redlicherweise zum Naturalbesitz gelangt ist, sein Pfandrecht nicht durchsetzen.[2] Außerdem bedarf es einer schriftlichen Erklärung des Verpfänders an den Pfandgläubiger über die Einräumung des symbolischen Besitzes.[3]

Einzelne Fälle der symbolischen Verpfändung hat das Gesetz besonders hervorgehoben:

1) Symbolisch sind verpfändbar Waaren oder Gutserzeugnisse, falls sie nach ihrer Natur oder nach der üblichen Art ihrer Aufbewahrung, oder weil sie sich nicht in der Gewahrsam des Verpfänders befinden, überhaupt nicht oder nicht ohne erhebliche Unbequemlichkeiten oder nur mit unverhältnißmäßigen Kosten dem Pfandgläubiger körperlich übergeben werden können.[4] Was das Gesetz für die Waare bestimmt hat, gilt auch für gewisse Mobilien anderer Art, deren Uebergabe praktische Schwierigkeiten im Wege stehen, z. B. für Fabrikutensilien.[5] Die Mittel symbolischer Verpfändung solcher Objekte richten sich nach den Umständen und den Verabredungen der Parteien. Bei-

12) L. R. I, 20 §. 56 und L. R. I, 14 §. 320 ff.

1) L. R. I, 20 §. 271—389. Die Vorschriften sind der Deklaration vom 16. Juli 1785, — N. C. C. tom. VII p. 3149 — entnommen. Vergl. Suarez Schlußvorträge in Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 60. Ueber Verpfändung durch symbolische Uebergabe handelt R. Koch in Behrend's Zeitschrift Bd. 5 S. 341 ff.

2) L. R. I, 20 §§. 274. 275.

3) L. R. I, 20 §. 273.

4) L. R. I, 20 §. 329 ff.

5) Entsch. des O. Trib. Bd. 13 S. 243. Koch a. a. O. S. 349 ff.

Digitized by Google

spielsweise kann die Verpfändung geschehen durch Aushändigung der Schlüssel zu dem die Waaren enthaltenden Lagerraume, ferner durch Bestellung eines Aufsehers mit dem Auftrage: die Fortschaffung ohne Genehmigung des Gläubigers zu verhindern;[6] bei Objekten, die auf Holzhöfen oder in sonstigen offenen Räumen zu lagern pflegen, genügt die Bezeichnung mit einer Marke des Gläubigers unter gerichtlicher oder notarieller Bekanntmachung der Verpfändung an die Wärter und Aufseher.[7] Liegen die Waaren in einem öffentlichen Magazin oder bei einem Dritten, so kann die Verpfändung erfolgen durch Zustellung des Ablieferungsscheins an den Gläubiger und Bekanntmachung an die Beamten oder Inhaber des Magazins.[8] Eingehende Waaren werden durch Uebergabe des Konnossements und der Faktura, ausgehende durch Uebergabe des in den Händen des Absenders befindlichen Ladescheins verpfändet.[9]

Die symbolische Verpfändung ist nur solchen Personen gestattet, die gewerbsmäßig mit den genannten Objekten zu thun haben.[10]

2) Symbolisch verpfändbar sind ferner der Frachtschifffahrt gewidmete Schiffe und Seeschiffe jeder Art. Die Verpfändung von Flußfrachtschiffen geschieht durch eine gerichtliche oder notarielle Einschreibung auf dem Kaufbriefe des Verpfänders oder auf den Urkunden, welche sonst sein Eigenthum darthun,[11] und durch Zustellung einer beglaubigten Abschrift dieser Urkunden an den Gläubiger.[12]

Für Seeschiffe besteht ein öffentliches Buch, das Schiffsregister, welches von dem Gerichte des Heimathshafens geführt wird. Dasselbe giebt über die Beschaffenheit des Schiffes und dessen Eigenthümer Auskunft und dient der dem Eigenthümer amtlich auszustellenden Bescheinigung über sein Eigenthum — dem sogenannten Certifikat — zur Grundlage.[13] Die Verpfändung vollzieht sich durch die Eintragung in das Schiffsregister. Sie ist auf der

---

6) L. R. I, 20 §§. 340. 342. 357.

7) L. R. I, 20 §. 356, vgl. Koch a. a. O. S. 354.

8) L. R. I, 20 §. 349 ff.

9) L. R. I, 20 §. 367 ff. Privilegien zu Gunsten der preußischen Bank gab §. 380 ff.

10) L. R. I, 20 §. 331 ff. gesteht eine solche Verpfändung nur „Kaufleuten, Fabrikanten, Rittergutsbesitzern und Domänenpächtern" zu, was offenbar zu eng wäre. Wir finden das Princip argumento a contrario in L. R. I, 20 §. 334, wo die symbolische Verpfändung bei Personen für unzulässig erklärt wird, welche nur ein- oder anderesmal — also nicht gewerbsmäßig — dergleichen Waare kaufen oder verkaufen.

11) L. R. I, 20 §§. 302. 303. — Der §. 302 spricht von der Einzeichnung auf dem Beilbriefe. Dies konnte sich aber nur auf Seeschiffe beziehen, da über Stromschiffe Beilbriefe nicht ertheilt werden. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 66 S. 157.

12) L. R. I, 20 §. 305.

13) Einführungsgesetz zum H. G. B. vom 24. Juni 1861 Art. 53 §. 4.

Digitized by Google

Verpfändungsurkunde und dem Certifikate zu vermerken. Die Rangordnung mehrerer eingetragener Gläubiger richtet sich nach der Zeitfolge der Eintragung in das Register.[14] Diese Verpfändung nähert sich hiernach der Hypothek an Grundstücken. Doch bilden die Angaben des Schiffsregisters nicht formelle Wahrheit. Die Gültigkeit des Pfandrechts bleibt also abhängig von dem Eigenthumsrechte seines Autors.

Der Pfandnehmer durch symbolische Uebergabe hat die Pfandklage gegen den Pfandbesteller, gegen dessen Konkursmasse[15] und gegen Dritte, sofern diese nicht entschuldbarerweise von der Verpfändung nichts wußten. Ob dem Gläubiger possessorische Rechtsmittel zustehen, ist eine Frage thatsächlicher Natur, abhängig davon, ob ein Besitzverhältniß in Wahrheit bestand.

Von der Fortdauer der bei Beginn der Verpfändung getroffenen Sicherungsmaßregeln ist das Pfandrecht nicht schlechthin abhängig. Wohl aber erlischt es, sowie der Pfandgläubiger diese Maßnahmen freiwillig beseitigt hat.

Die Reichsjustizgesetze erkennen die s. g. symbolische Verpfändung von Waaren nur an, wenn dem Gläubiger statt der Waaren die über dieselben lautenden Konnossemente und ähnliche Papiere übergeben sind. Hiervon abgesehen bedarf es zu deren Verpfändung stets der Gewahrsam des Gläubigers oder eines Vertreters desselben, die jedoch auch mit dem Verpfänder getheilt bleiben kann, die symbolische Verpfändung von Seeschiffen und Flußschiffen in der angegebenen Weise lassen die Reichsjustizgesetze dagegen schlechthin zu.[16]

§. 361. Verpfändung von Forderungen.[1]

Das römische Recht erkannte zwar ein Pfandrecht an Forderungen an, doch nicht in der Weise eines dinglichen Rechts, daß ein solches Recht in Rom nur an körperlichen Sachen als möglich galt, sondern der Art, daß dem Pfandgläubiger die Geltendmachung der verpfändeten Forderung zur Befriedigung der versicherten Forderung ähnlich wie einem Cessionar verstattet wurde. Bei uns hat man der Verpfändung von Forderungen eine der Verpfändung körperlicher Sachen analoge Konstruktion gegeben,[2] nachdem wir

14) Einführungsgesetz zum H. G. B. Art. 59.

15) Konkursordnung §. 32.

16) Nur soweit die Reichsjustizgesetze das Pfandrecht anerkennen, besteht nach denselben ein Absonderungsrecht im Konkurs, Einführungsgesetz zur Konkursordnung §. 14 unter 1, und ein Vorrecht gegenüber einer Pfändung im Vollstreckungsverfahren, R. C. P. O. §. 709 Abs. 2.

1) Dernburg Pfandrecht I, S. 461 ff. Die Auffassung des Verhältnisses ist freilich sehr bestritten. Auch über preußisches Recht handelt Markus Verpfändung der Forderungen 1876.

2) L. R. I, 20 §. 281 ff.

Digitized by Google

quasi dingliche Rechte an Rechten anerkennen.[3] Immerhin kann die Pfandbestellung an der Forderung nur durch einen sogenannten symbolischen Akt geschehen, da eine Forderung nicht in den Naturalbesitz des Gläubigers gebracht werden kann.

Die Verpfändung von Forderungen durch Vertrag fordert demgemäß nach Landrecht stets Schriftlichkeit.[4] Existirt über die zu verpfändende Forderung ein Schuldinstrument, so ist die Verpfändung auch durch dessen Ueberlieferung an den Gläubiger bedingt, bei Theilabtretungen kann dieselbe ersetzt werden durch Ueberlieferung eines Zweiginstruments unter gleichzeitigem Vermerk auf dem Originalinstrument.

Nach einer Bestimmung des Landrechts sollte der Pfandgläubiger nach Ueberlieferung des Schuldinstruments gegen jede Verhandlung des Schuldners mit seinem ursprünglichen Gläubiger, insbesondere gegen Zahlungen an denselben gedeckt sein, auch wenn die Verpfändung dem Schuldner nicht denuncirt oder bekannt gemacht war.[5] Und doch hatte in solchem Falle der Schuldner keinen Grund und kein Recht, dem ursprünglichen Gläubiger die Zahlung zu weigern,[6] so daß ihm die Gefahr doppelter Beitreibung der Schuld drohte. Daher beseitigte die Verordnung vom 9. December 1809 die landrechtliche Bestimmung und forderte auch bei der Verpfändung Denunciation, damit der Pfandnehmer gegen Verhandlungen des Schuldners mit seinem ursprünglichen Gläubiger gesichert sei.

Die Verpfändung von Hypotheken und Grundschulden richtet sich nach denselben Grundsätzen wie die von chirographischen Forderungen. Es bedarf also einer schriftlichen Verpfändungsbewilligung und Uebergabe des Dokuments, wenn ein solches vorhanden ist. Aber eine Denunciation ist nur erforderlich, sofern sich der Pfandnehmer des Briefes die Ansprüche auf die mitverpfändeten Hypotheken- oder Grundschuldzinsen wahren will.[7] Seine Ansprüche auf das Kapital sind durch den Besitz des Briefes gesichert. Papiere auf den Inhaber können durch körperliche Uebergabe verpfändet werden; ein schriftlicher Verpfändungsvertrag ist also nicht nothwendig.[8]

Die Klagrechte des Pfandgläubigers haben einen quasi-dinglichen Charakter. Sie sind zunächst gegen den Verpfänder gerichtet und gehen auf

3) Vgl. oben über den Nießbrauch an Forderungen.

4) L. R. I, 20 §§. 273. 271. 281 und Marginale hierzu, Verordnung vom 9. December 1809 §. 1. Striethorst Archiv Bd. 47 S. 141.

5) L. R. I, 20 §. 282 ff.

6) Es genügt, daß der Gläubiger einen Mortifikationsschein ausstellt. L. R. I, 16 §§. 125. 126.

7) Gesetz über den Eigenthumserwerb §§. 38. 39.

8) Das Einführungsgesetz zur R. K. O. §§. 15. 16 macht an die Verpfändung der Forderungen gewisse Minimalansprüche, die nach preußischem Recht erfüllt sind.

Digitized by Google

Anerkennung des klägerischen Pfandrechts und richterliche Feststellung der Höhe der versicherten Forderung.[9] Gestützt auf diese Anerkennung kann der Pfandgläubiger fordern:

a) daß er gerichtlich ermächtigt werde, die verpfändete Forderung nach ihrer Fälligkeit an Stelle des Verpfänders einzuklagen und bis zum Betrage seiner Forderung für sich einzuziehen. In diesem Falle erlangt der Pfandgläubiger die Stelle eines Assignatars der versicherten Forderung.

b) Der Pfandgläubiger kann ferner verlangen, daß ihm die Forderung zum Nennwerthe an Zahlungsstatt übereignet werde, jedoch nur bis zum Betrage der versicherten Forderung. Der Pfandgläubiger hat ein Vorzugsrecht von dem etwaigen Ueberreste der Forderung, welcher dem Verpfänder bleibt.[10] [11]

c) Schuldpapiere auf den Inhaber kann der Pfandgläubiger zum Börsenkurs übernehmen. Er kann aber auch auf deren Veräußerung durch einen vereideten Makler bei der Börse antragen.

Die Versteigerung anderer verpfändeter Forderungen kann der Regel nach nicht verlangt werden.[12]

Der Pfandgläubiger ist dem Verpfänder der Forderung wegen mäßiger Verschuldung namentlich dann haftbar, wenn er die angewiesene Forderung nicht gehörig beitreibt.

Das Forderungspfandrecht erlischt, wenn der Pfandnehmer bezahlt oder sonst abgefunden wird.[13]

Nichts als eine Unterart der Verpfändung einer Forderung ist die sogenannte Afterverpfändung. Nicht die Sache wird hier verpfändet; denn hierzu

---

9) Nach römischem Rechte kann der Pfandgläubiger wie ein Cessionar den Gegenstand der verpfändeten Forderung bis zum Belaufe seiner Forderung beitreiben. l. 4 C. quae res pign. 8, 17. Auch gilt er als legitimirt, die verpfändete Forderung jure pignoris zu veräußern. Dernburg a. a. O. S. 469.

10) Gegenüber der herrschenden Ansicht vertheidigt Korte Ulrichs Archiv Bd. 5 S. 181, Förster Bd. 3 §. 192 Anm. 44, auch Marcus a. a. O. die Behauptung, daß der Pfandgläubiger wie nach römischem, so auch nach preußischem Recht die verpfändete Forderung, sobald die Voraussetzungen seines Pfandrechts gegeben seien, ohne richterliche Ueberweisung einklagen und cediren dürfe. Hiergegen ist die zutreffende Ausführung von v. Niebuhr bei Gruchot Bd. 16 S. 440 ff. zu vergleichen. Es spricht für die herrschende Ansicht namentlich, daß auch das körperliche Faustpfand der Regel nach erst durch richterliche Vermittlung veräußert wird und das Forderungspfandrecht präsumtiv nach denselben Principien zu behandeln ist; dazu kommt aber auch die positive Bestimmung von L. R. I, 20 §. 296.

11) Auch die R. C. P. O. §. 736 läßt in solcher Weise die Realisirung gepfändeter Forderungen vor sich gehen.

12) Versteigerung anderer verpfändeter Forderungen kommt nur im Konkurse vor. Konkursordnung §. 275. Vgl. R. C. P. O. §. 743.

13) Ueber die Gestaltung im Falle einer Konfusion vgl. Dernburg Pfandrecht I S. 474 ff.

Digitized by Google

ist nur der Eigenthümer derselben legitimirt, vielmehr verpfändet der Pfandgläubiger seinem Afterpfandgläubiger seine Rechte,[14] also Forderungsrecht und Pfandrecht.[15] Die Afterverpfändung soll nur mit Zustimmung des ersten Verpfänders geschehen.[16] Unter den Kontrahenten aber ist sie auch ohne solche Zustimmung gültig.

III. Das Retentionsrecht und die sich anlehnenden Pfandrechte. Die Pfändung.

§. 362. Das Retentionsrecht.[1]

Das Retentionsrecht ist dem Faustpfande darin ähnlich, daß es auf dem Besitze beruht und daß es wie dieses zu einer Zurückhaltung berechtigt. Auch eine allgemeine Gemeinsamkeit des Zweckes, nämlich Sicherung eines Anspruchs ist vorhanden. Daneben bestehen wesentliche Verschiedenheiten. Das Faustpfandrecht giebt die Möglichkeit, direkt durch Verkauf Befriedigung beizutreiben, das Retentionsrecht wirkt nur indirekt auf das gewünschte Ziel, indem es durch die Zurückhaltung einen Druck auf die Entschlüsse des Gegners auszuüben sucht. Mit anderen Worten: das Pfandrecht ist ein Recht zum aktiven Vorgehen, das Retentionsrecht erhält nur einen status quo, weshalb es sich auch der Eintheilung von dinglichen und persönlichen Rechten nicht unterordnet. Endlich unterscheiden sich Faustpfandrecht und Zurückhaltungsrecht auch dadurch, daß nur das erstere schlechthin ein Vorrecht gegenüber anderen Gläubigern gewährt. — Ein Retentionsrecht ist dann gegeben, wenn Jemand befugt ist, eine an sich schuldige Leistung so lange zu unterlassen, bis ihm eine Gegenleistung geschieht, ohne Unterschied, ob der Retinent eine specielle Sache oder eine Summe schuldet, ob er Detention, Besitz, Eigenthum hat.[2] Das allgemeine Landrecht faßt jedoch den Begriff enger und bestimmt das Zurückhaltungsrecht als die Befugniß des Inhabers

---

14) Dies ist auch nach röm. Rechte anzunehmen Dernburg a. a. O. I, S. 476. l. 13 §. 2 D. de pign. 20, 1. Die Frage ist jedoch sehr bestritten.

15) Wenn der erste Pfandgläubiger ausdrücklich dazu einwilligt, daß das Pfand dem Pfandgläubiger auf eine höhere Summe verpfändet werde, oder daß sonstige ihm nachtheilige Abänderungen der Schuldforderung getroffen werden, so hat diese Einwilligung die Bedeutung einer vom ersten Verpfänder ausgehenden Verpfändung an den Afterpfandgläubiger.

16) L. R. I, 20 §. 127. Vgl. oben §. 357.

1) Von gemeinrechtlichen Schriftstellern vgl. Großkopff Retentionsrecht 1858, Zaun im hess. Arch. f. pr. R. W. Bd. 4 S. 369 ff. Dernburg Compensation 2. Aufl. S. 365. Goldschmidt Handelsrecht I, S. 962 ff. Das preußische Recht behandeln Hälschner in Kamptz Jahrb. Bd. 20 S. 177 ff. Förster Pr. P. R. II, §. 119, vgl. auch Ziebarth Realexecution S. 310.

2) Vgl. u. A. Goldschmidt a. a. O. S. 969.

Digitized by Google

einer fremden Sache, selbige bis zu seiner Befriedigung in der Gewahrsam zu halten.[3] Wir werden hiernach ein Retentionsrecht im weiteren und im engeren, dem gesetzlichen, Sinne zu unterscheiden haben.

Das Retentionsrecht setzt voraus konnexe Gegenansprüche, d. h. beide Ansprüche müssen nach der Auffassung des Lebens und des Rechts der Art zusammengehören, daß ihre gleichzeitige Abwicklung gerecht erscheint. Es ist dies insbesondere der Fall bei gegenseitigen Ansprüchen aus demselben Geschäft, ferner bei Verwendungen auf eine Sache, deren Herausgabe gefordert wird.[4] Die Gegenforderungen müssen fällig sein,[5] mindestens muß der Retinent bereits einen Anspruch auf Kautionsleistung haben. Aeltere Schriftsteller verlangten auch Liquidität des Gegenanspruchs.[6] Das Landrecht begnügt sich damit, daß derselbe in soweit bescheinigt werde, als zur Anlegung eines Arrestes erforderlich wäre.[7]

Nur der redliche Besitzer hat bei uns ein Retentionsrecht, da dem Unredlichen sein Dolus keine Rechtswohlthaten verschaffen soll.[8] Insbesondere hat daher bei uns der bösgläubige Besitzer, welcher Verwendungen auf die fremde Sache machte, wohl ein Recht auf Ersatz in gewissem Maße, nicht aber, wie nach römischem Rechte, ein Retentionsrecht.

Das Zurückhaltungsrecht ist seiner Natur nach an die Erhaltung des thatsächlichen Zustandes gebunden und giebt kein Klagrecht zu dessen Wiederherstellung.[9] Nimmt jedoch das Gericht die bisher retinirte Sache in Verwahrung, so hebt eine solche Sequestration das Zurückhaltungsrecht nicht auf. Auch kann sich der Retinent im Falle der gerichtlichen Abforderung durch eine mindestens innerhalb zehn Tagen nach der Ablieferung eingelegte Protestation das Recht auf Wiedererstattung oder gerichtliche Verwahrung sichern.[10]

Eine ungetheilte Haftung des zurückgehaltenen Objekts für die Gegenleistung findet nicht, wie beim Pfandrecht statt; vielmehr darf, wenn die

---

3) L. R. I, 20 §. 536.

4) L. R. I, 20 §§. 539. 543.

5) L. R. I, 20 §. 540.

6) So z. B. Luden Retentionsrecht S. 175 ff.

7) L. R. I, 20 §. 541. Verlangt wird nur, daß die Forderung so bescheinigt werden könne, wie bei einer Arrestanlegung. Andere Voraussetzungen des Arrestschlags sind nicht erfordert. Es kommt daher unter Anderm nicht in Betracht, ob der Gegner mit Immobilien angesessen ist.

8) L. R. I, 20 §. 538.

9) L. R. I, 20 §. 559. Es ist denkbar, daß man sich die früher zurückgehaltene Sache, deren Gewahrsam man verlor, aus anderen Rechtsgründen, z. B. in Folge eines Kontrakts oder mit possessorischen Rechtsmitteln, zurückverschaffen kann. Das Retentionsrecht als solches giebt aber keine Klage.

10) L. R. I, 20 §. 562 ff.

Digitized by Google

zurückgehaltene Sache theilbar ist, nur so viel zurückgehalten werden, als zur Deckung des Gegenanspruchs erfordert ist.[11]

Die Geltendmachung des Retentionsrechts geschieht im Wege der Einrede. Dieselbe bewirkt, daß die Verurtheilung des Retinenten zu der von ihm geschuldeten Leistung an die Bedingung gleichzeitiger oder vorgängiger Gegenleistung geknüpft wird.[12]

Das Zurückhaltungsrecht steht der Regel nach nur gegen den Schuldner und diejenigen zu, welche an dessen Statt auftreten, nicht gegen Dritte. Ob gegen die Konkursmasse des Schuldners?[13] Das Landrecht verneint dies gemäß einer älteren Theorie.[14] Entspringt jedoch das Rückhaltungsrecht an einer körperlichen Sache aus einer nützlichen Verwendung, so wirkt es, soweit der Vortheil vorhanden ist, auch gegen die Konkursmasse und gegen Dritte.[15] Auch das durch das Handelsgesetzbuch zu Gunsten der Kaufleute eingeführte Retentionsrecht kann gegen die Konkursmasse geltend gemacht werden.[16]

Das Landrecht legt dem Retinenten gleich einem Pfandinhaber die Pflichten als Verwahrer und Verwalter einer fremden Sache auf, so daß er auch über die Nutzungen der fruchtbringenden Sache Rechnung zu legen hat.[17]

§. 363. Das an eine Retention geknüpfte Pfandrecht.[1]

Das moderne Recht hat mehrere der wichtigsten Fälle des Retentionsrechts zu einem Pfandrechte gesteigert. Die Pfandrechte dieser Art gründen sich im Gesetze; ihre Basis bildet die Retention, so daß sie erlöschen, wenn ihnen diese Grundlage entzogen wird.

Schon die Konkursordnung von 1855 hat diese besondere Weise des Pfandrechts angebahnt.[2] Denn sie giebt demjenigen, welcher Ansprüche

11) L. R. I, 20 §. 552.

12) Die Vorschützung der Retentionseinrede führt richtiger Ansicht nach, auch wenn sie begründet ist, nicht zur Abweisung des Klägers zur Zeit, wie dies Manche, z. B. Luden a. a. O. S. 186, annahmen. Vgl. Zaun a. a. O. S. 410 ff. Dernburg Compensation S. 371, Goldschmidt Handelsrecht I. S. 982 Anm. 1.

13) Vgl. von gemeinrechtlichen Schriftstellern Bangerow I §. 382, Linde Civilproceß §. 389, Goldschmidt a. a. O. S. 993.

14) L. R. I, 20 §. 566, dagegen freilich Koch Recht d. Ford. I, S. 669.

15) Vgl. L. R. I, 11 §. 974, Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §. 33 N. 9 und N. 10.

16) H. G. B. Art. 313—315. Goldschmidt Handelsrecht I. S. 996 ff.

17) L. R. I, 20 §. 558. Das Retentionsrecht des Pächters wegen Meliorationen ist also daran gebunden, daß der Pächter für Rechnung des Eigenthümers verwaltet! Dies könnte unter Umständen das Recht illusorisch machen.

1) Laband das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 9 S. 425 ff., Goldschmidt Handelsrecht I. S. 1021 ff.

2) Konkursordnung §§. 33. 376, vgl. nunmehr Reichs-Konk. O. §. 41. Reichscivilproceßordnung §. 709 Abs. 2.

Digitized by Google

wegen Verwendungen auf eine zurückbehaltene bewegliche Sache hat, im Falle des Konkurses des Verpfänders wie auch gegenüber singularen Exekutionsvollstreckungen bis auf den Betrag der noch vorhandenen Vortheile die Rechte eines Faustpfandgläubigers.[3] Insbesondere gewährt sie derartige Rechte den Werkmeistern, Handwerkern und Arbeitern wegen ihrer Forderungen für Arbeit und Auslagen an den noch in ihrer Gewahrsam befindlichen, von ihnen gefertigten und ausgebesserten Sachen.[4]

Das deutsche Handelsgesetzbuch hat das Retentionsrecht des Kommissionärs, Spediteurs, Frachtführers an dem Kommissions-, Speditions- und Frachtgute geradezu zu einem Pfandrechte erhoben.[5] Die Entstehung dieses Pfandrechts ist dadurch bedingt, daß der Berechtigte die Gewahrsam des Pfandobjekts erhielt. Vom Retentionsrechte her klebt ihm die Eigenschaft an, daß es dem Retinenten auch zusteht, wenn derselbe das Gut Seitens eines Nichteigenthümers erhielt, vorausgesetzt, daß dasselbe nicht gestohlen oder verloren war und daß sich der Empfänger in redlichem Glauben befand.[6] Unter den gleichen Voraussetzungen können Pfandrechte oder sonstige dingliche Rechte nicht gegen den retinirenden Kommissionär, Spediteur oder Frachtführer geltend gemacht werden. Bei dem Allen kommt richtiger Ansicht nach nichts darauf an, ob der Aufgebende ein Kaufmann war oder nicht.[7] Gesichert sind durch dies Pfandrecht alle Forderungen aus demjenigen Geschäft, durch welches das Gut in die Gewahrsam des Pfandberechtigten gekommen ist.[8] Wenn auch das handelsrechtliche Pfandrecht als bloße Steigerung des Retentionsrechts mit jedem Verluste der Gewahrsam durch den Retinenten oder dessen Vertreter erlischt,[9] so findet sich doch eine Ausnahme zu Gunsten des Frachtführers. Derselbe kann das Pfandrecht noch innerhalb dreier Tage nach der Auslieferung gerichtlich geltend machen, falls sich das Gut bei dessen Geltendmachung noch in der Gewahrsam des Empfängers oder

---

3) Konkursordnung §. 33 Ziff. 10. R. K. O. §. 41 unter 7.

4) Konkursordnung §. 33 Ziff. 9. R. K. O. §. 41 unter 6. Die R. K. O. §. 41 unter 3 gedenkt auch der Pächter in Ansehung des in ihrem Gewahrsam befindlichen Inventars wegen der Forderungen für dieses.

5) H. G. B. Art. 374. 382. 409. 624 und 675. Nach L. R. I, 13 §. 83 hatte der Kommissionär nur Retentionsrechte, dagegen schon §. 33 Ziffer 6 und 8 der Konkursordnung vom 8. Mai 1855. Vgl. noch unten Bd. 2 §. 186 a. E. §. 188 unter 3.

6) H. G. B. Art. 306 Abs. 3.

7) So Goldschmidt a. a. O. S. 1023, anderer Ansicht Laband a. a. O. S. 452. 466.

8) Art. 374, 382 und 409 des H. G. B. Vgl. unten Bd. 2 §. 188 unter 3.

9) Kommissionäre und Spediteure namentlich haben dies Pfandrecht so lange, als sie mittels der Konnossemente, Ladescheine oder Lagerscheine noch in der Lage sind, darüber zu verfügen.

Digitized by Google

seines Vertreters befindet.[10] Das Pfandrecht des Retinenten erhält sich im Falle des Konkurses des Kommittenten oder Abladers in ungeschwächter Kraft.[11] Seine Realisirung hat in der Regel durch gerichtlichen Verkauf zu geschehen;[12] erfordert ist Verzug des Schuldners, einer Klage bedarf es gegen denselben nicht; vielmehr geschieht, wie bei schriftlicher Bestellung eines Konventionalpfandrechts unter Kaufleuten, der gerichtliche Verkauf auf einseitigen Antrag des Gläubigers unter Vorlegung von Bescheinigungsmitteln auf dessen Gefahr.

Hat ein Kommissionär, Spediteur, Frachtführer einen Vormann, welcher ein gesetzliches Pfandrecht nach Handelsrecht hatte, befriedigt, so geht dessen Forderung und Pfandrecht auf ihn über.[13] Ist der Vormann noch nicht befriedigt, so hat der Nachmann, welcher die Gewahrsam erhielt, der Regel nach die Pflicht, das Pfandrecht seines Vormannes in dessen Namen neben dem seinen zu wahren.[14]

In diesem Falle ist eine Kollision mehrerer gesetzlicher Pfandrechte möglich. Den Vorzug haben diejenigen Forderungen, welche durch Versendung oder Transport entstanden sind, und zwar die jüngeren von den älteren. Erst dann folgen andere Forderungen des Kommissionärs und Spediteurs, und zwar die älteren vor den jüngeren.[15]

Von den bisher besprochenen handelsrechtlichen Pfandrechten sind die seerechtlichen verschieden. Sie beruhen nicht auf dem Zurückhaltungsrechte und können daher auch im Falle des Verlustes der Gewahrsam gegen Dritte, welche ihre Existenz beim Erwerbe kannten, geltend gemacht werden.[16]

§. 364. Pfandrecht des Vermiethers und Verpächters.[1]

Vermiether und Verpächter haben ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Mobilien des Miethers und Pächters,[2 3] wie auch an den

10) H. G. B. Art. 409. Im Seeverkehr kann dies Pfandrecht noch 30 Tage nach Beendigung der Ablieferung geltend gemacht werden. H. G. B. Art. 624.

11) Diese Bestimmung, ohnehin nach den Grundsätzen unseres Rechts selbstverständlich, hebt besonders hervor H. G. B. Art. 375 und 382.

12) Art. 375 u. 387, vgl. auch Art. 407 u. 626 des H. G. B. Vgl. aber unten Bd. 2 §. 186.

13) Art. 382 des H. G. B.

14) Namentlich gilt dies für den Fall, daß das Gut durch die Hände mehrerer Frachtführer geht, Art. 410 des H. G. B.

15) Art. 411 des H. G. B.

16) Vgl. H. G. B. Art. 727. 733 Abs. 3, Art. 753. 758 ff. Anders jedoch Art. 675.

1) Vgl. über gemeines Recht Dernburg Pfandrecht I S. 294 ff. — Das preußische Recht bestimmt L. R. I, 21 §. 395, Konk. O. §. 33 n. 4, an deren Stelle künftig Reichs-K. O. §. 41 unter 2 tritt. Vgl. Lenz in Studien und Kritiken 1847 S. 115—164.

2) Nach römischem Rechte hat bekanntlich nur der Vermiether, nicht aber der Verpächter ein gesetzliches Pfandrecht an den Illaten. — 3) Ein ähnliches Recht

Digitized by Google

auf dem Grundstück befindlichen getrennten und ungetrennten Früchten des Pachtgutes[4] und zwar wegen aller Forderungen aus dem Mieth- und Pachtkontrakte, also namentlich wegen der laufenden und rückständigen Mieth- und Pachtzinsen[5] und wegen Deteriorationen.[6]

Dieses Pfandrecht erwächst auf dem Grunde der Thatsache, daß sich jene Objekte in dem Grundstücke des Vermiethers und Verpächters vorfinden und daß dieser in Folge dessen deren Wegbringen hindern kann. Zu seiner Erhaltung ist es aber nicht schlechthin an die Fortdauer des ursprünglichen Zustandes gebunden. Auch beginnt dies Pfandrecht bereits mit der Illation, nicht, wie man zuweilen annahm, mit der Beschlagnahme der Illation durch den Vermiether und Verpächter. Es begreift hiernach alle Illaten, unter Anderm auch dem Verkauf bestimmte in ein Verkaufslokal eingebrachte Waaren;[7] wirksam aber wird es nur bezüglich derjenigen Objekte, welche bei seiner Geltendmachung — Perklusion, Beschlagnahme — noch in der Miethsache vorhanden sind, sowie der Gegenstände, welche ohne Wissen des Vermiethers und ohne legitimen Grund vorher weggebracht wurden, falls sie sich in der Gewahrsam des Miethers oder seines Vertreters, oder eines Dritten, welcher beim Erwerb die ungerechtfertigte Wegschaffung kannte, befinden.[8] Als gerechtfertigt ist die Wegschaffung vor der Beschlagnahme

---

hat der Gastwirth an den eingebrachten Sachen des Gastes wegen Forderungen für Wohnung und Bewirthung, Konkursordnung §. 33 unter 5. R. K. O. §. 41 unter 5. Vergleiche Carpzov def. for. p. II c. 25 def. 22 n. 7.

4) Das Landrecht hatte dieses Pfandrecht nicht erwähnt, wohl aber wurde es anerkannt durch die Praxis des O. Trib. Präj. 885[a], Entsch. Bd. 6 S. 92 ff. Eine gesetzliche Sanktion erhielt es durch die Konkursordnung §. 33 n. 4, deren Bestimmung die R. K. O. §. 41 unter 2 in verbesserter Redaktion aufnimmt. Das römische Recht kannte ein Pfandrecht des Verpächters an den getrennten Früchten, l. 7 D. in q. c. p. 20, 2, die ungetrennten Früchte gehörten ihm zu eigen.

5) Die R. K. O. §. 41 unter 4 gewährt dem Vermiether das Absonderungsrecht gegenüber der Konkursmasse wegen des laufenden und des für das letzte Jahr vor dem Verfahren rückständigen Zinses, sowie wegen andrer Forderungen aus dem Miethverhältniß; der Verpächter hat dies Recht wegen aller Forderungen aus dem Pachtkontrakt.

6) An den Illaten des Aftermiethers oder Afterpächters steht dem ersten Vermiether nicht, wie nach römischem Rechte l. 11 §. 5 D. de pign. a. 13, 7, ein Retentionsrecht zu. Entsch. des O. Trib. Bd. 1 S. 160 ff., dagegen freilich Koch Landrecht: zur Deklaration vom 21. Juli 1846, Anm. 12.

7) Gegen die Ansicht von Förster Bd. 2 §. 136 Anm. 243, wonach eingebrachte, dem Verkauf bestimmte Waaren des Miethers nicht verpfändet sein sollten, vgl. R. O. H. G. Bd. 6 S. 282 ff. Striethorst Bd. 95 S. 187 ff.

8) Nach L. R. I, 21 §. 395 ist zwar gefordert, daß die Sachen in dem Hause oder Gute noch vorhanden sind; nach der herrschenden Meinung begründet aber heimliche oder gegen Widerspruch geschehene Fortschaffung das Recht auf Wiedereinbringung, soweit nicht die Rechte redlicher Dritter entgegenstehen, R. O. H. G. Bd. 6 S. 290. Die R. K. O. §. 41 unter 2 und 4 sichert dem Vermiether die Pfandrechte zu, „sofern die Sachen sich noch auf dem Grundstück befinden." Auch dies muß in gleicher Weise, wie die landrechtliche Bestimmung, interpretirt werden, da nicht zu unterstellen ist, daß die R. K. O. in dieser Hinsicht dem Dolus Thür und Thor öffnen wollte.

Digitized by Google

anzusehen, wenn sie eine Folge des regelmäßigen Betriebes der Geschäfte des Miethers und Pächters bildete oder wenn es sich nur um einen Austausch gleichwerthiger Stücke handelte, da man annehmen muß, daß der Miether sich der Befugniß zur Vornahme solcher Akte bei der Illation nicht begeben wollte. Es erstreckt sich dies Pfandrecht nach den allgemeinen Grundsätzen über den Erwerb dinglicher Rechte ausschließlich auf die eigenen Objekte des Miethers und Pächters, nicht auf fremde, die er z. B. als geliehene, bei ihm deponirte, eingebracht hatte,[9] doch gelten auch fremde Objekte als mitverpfändet, wenn sie der Miether oder Pächter zu verpfänden das Recht hatte, insbesondere bezieht sich dies auf die Mobilien der Ehefrau, zu deren Verpfändung den Ehemann sein Verwaltungsrecht legitimirte.[10] [11]

Mit dem Pfandrechte steht das Recht der Rückhaltung der Illaten in Verbindung. Dasselbe steigert sich zur Befugniß der Besitznahme, wenn Versuche zur Wegbringung gemacht wurden oder wenn der rückständige Zins nach Beendigung der Miethe nicht bezahlt ist.[12] Selbsthülfe ist zu diesem Zwecke gestattet. Die Polizei hat aber im Falle des Auszugs ein Interimistikum festzusetzen. Die Zurückhaltung ist hierbei auf diejenige Anzahl von Mobilien zu beschränken, die voraussichtlich zur Tilgung der Schuld aus Miethe und Pacht genügt.[13]

§. 364ᵃ. Die Pfändung.

1. Erlaubte Selbstpfändung verleiht dem Pfändenden die Rechte eines Pfandgläubigers.[1]

2. Während nach römischem und gemeinem Recht dem Extrahenten einer Specialexekution ein Pfandrecht an den für ihn gepfändeten Objekten zugeschrieben wird,[2] ertheilt das preußische Recht demselben weder Pfandrecht

9) Die Frage war bestritten, wurde aber im Sinne des Textes erledigt durch die Deklaration vom 21. Juli 1846 in Uebereinstimmung mit dem Plenarbeschlusse des O. Trib. Präj. 426 vom 12. März 1838, Entsch. Bd. 4 S. 1 ff.

10) Dem Pfandrechte des Vermiethers und Verpächters sind auch solche Objekte unterworfen, die der gewöhnlichen Exekution entzogen sind, z. B. das in der Garnisonstadt befindliche Mobiliar dienstthuender Officiere, Anh. §. 155 zu A. G. O. I, 24 §. 70. Dies um deswillen, weil solche Objekte auch zum Faustpfande gegeben werden können. Koch zu L. R. I, 21 §. 395.

11) Schuldbokumente sind dem Pfandrechte nicht unterworfen, da sie nur zum Beweise einer Forderung dienen, deren Zubehör sie bilden. Wohl aber sind mit verpfändet Papiere auf den Inhaber und Geld, so lange sie in der Wohnung sind, während freilich die Befugniß des Miethers zum Ausgeben nicht zweifelhaft ist, so lange keine Beschlagnahme erfolgte.

12) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 81 S. 58. Bd. 95 S. 186 ff.

13) Vgl. A. G. O. I, 44 §. 56 ff. Anhang §. 302 zu §. 60.

1) Vgl. L. R. I, 14 §. 439 ff., oben §. 123.

2) l. 15 §. 7 D. de re judicata 42, 1. Stölzel Archiv f. c. Pr. Bd. 45 S. 272 ff. v. Meibom ebendaselbst Bd. 52 S. 297 ff.

Digitized by Google

noch ein Vorzugsrecht; es haben daher sämmtliche Gläubiger des Exequendus, welchen eine vollstreckbare Forderung zusteht, das Recht, der Beschlagnahme beizutreten und soweit nicht anderweite Gründe des Vorzugs bestehen, Befriedigung pro rata neben dem Extrahenten zu verlangen,[3] es ist ferner im Fall der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Exequendus die anhängige Specialexekution entweder abzubrechen, oder auf Rechnung der gesammten Gläubigerschaft fortzusetzen.[4]

Die R. C. P. O. schließt sich dem gemeinen Rechte an, da man es nicht für recht hielt, den unthätigen Gläubiger dem thätigen gleichzustellen, welcher möglicherweise das Objekt der Vollstreckung durch Aufwand von Zeit und Mühe und im Wege des Processes erst herbeigeschafft hat.[5] Der Extrahent einer Zwangsvollstreckung soll also mittels Pfändung ein dem Faustpfand gleichstehendes Recht erhalten.[6]

Dasselbe entsteht an Mobilien und an Werthpapieren durch Pfändung Seitens des Gerichtsvollziehers, welche den Extrahenten zwar nicht Naturalbesitz verschafft, wohl aber in der Regel eine durch den Gerichtsvollzieher für ihn ausgeübte Gewahrsam.[7] Auch die Veräußerung hat durch den Gerichtsvollzieher zu geschehen, und zwar in der Regel mittels öffentlicher Versteigerung.[8] An Forderungen, die nicht zu den Werthpapieren zählen, geschieht die Pfändung mittels Verfügung des Vollstreckungsgerichts, die Realisirung mittels gerichtlicher Anweisung oder Ueberweisung an den Gläubiger.[9]

Die ältere Pfändung giebt ein Vorzugsrecht vor der späteren.[10]

3. Der Arrest in Mobilien und Forderungen ist nach den Reichsjustizgesetzen in den Formen der Pfändung zu vollziehen und wird ein Pfandrecht begründen.[11]

---

3) K. O. vom 8. Mai 1855 §. 362 ff.
4) Citirte Konk. O. §. 9.
5) R. C. P. O. §. 708 ff. Motive zum Entwurf §. 657 ff.
6) R. C. P. O. §. 709, vgl. weiter R. K. O. §. 41 unter 9. §. 98.
7) R. C. P. O. §. 712.
8) R. C. P. O. §. 716 ff. Sind die gesetzlichen Einschränkungen nicht beachtet, so geht nach preußischem Recht gleichwohl, wenn die Versteigerung öffentlich war, Eigenthum auf den Käufer über; vgl. oben §. 188. Der Gepfändete hat nur Entschädigungsansprüche.
9) R. C. P. O. §. 729.
10) R. C. P. O. §§. 727. 728 behandeln die Anschlußpfändung.
11) R. C. P. O. §. 810. Vgl. oben §. 146 Anm. 22.

Digitized by Google

Sechster Abschnitt.

Lehnrecht, Familienfideikommiß, Vorkaufsrecht.

I. Das Lehnrecht.[1]

§. 365. Die Lehnsallodifikation.

Die Lehne haben in der preußischen Monarchie ihre ursprüngliche Bedeutung verloren; Rechtssätze, welche vordem mehr sekundär waren, sind allein übrig geblieben. Auch in diesem trümmerhaften Zustande ist das Verhältniß noch von praktischer Wichtigkeit.

Das Obereigenthum des Lehnsherrn an dem Lehen und der Lehnsverband zwischen diesem und dem Vasallen ist nämlich durch die Gesetzgebung aufgehoben. Hierzu hatte den ersten Schritt Friedrich Wilhelm I. gethan, er erbot sich wegen der Nutzlosigkeit der Lehndienste für die damalige Kriegsverfassung und zur Verstärkung der Armee zur Aufhebung der landesherrlichen Lehne gegen Entrichtung einer Geldabgabe und setzte diese Umwandlung auch nach und nach durch.[2] Allgemein vollzog aber die Lehnsallodifikation und zwar ohne Entschädigung im gesammten damaligen Bereiche der Monarchie das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 durch Aufhebung des Obereigenthums des Lehnsherrn ohne Entschädigung. Nur für die sogen.

---

1) Hauptquelle L. R. I, 18 §§. 13—679. Litteratur R. F. Terlinden Grundsätze des preußischen Lehnrechts 1796. Vgl. insbesondere auch Düesberg Uebersicht der Lehnsverhältnisse in der preußischen Monarchie in Simon's und Strampff's Zeitschrift Bd. 1 S. 303 ff. Aus der gemeinrechtlichen Litteratur vergl. Paetz Lehrbuch des Lehnrechts, Göttingen 1825 u. A. bei Beseler P. R. §. 148 Citirte. — Das Lehnrecht kann hier nicht in seinem vollen Zusammenhange als eine der merkwürdigsten Formen des Rechts der Vergangenheit behandelt werden, vielmehr ist nur eine Skizze der noch jetzt praktischen Lehren zu geben, wobei die Darstellung bloß einige Seiten des ursprünglichen Instituts betonen muß.

2) Edikt vom 5. Januar und Resolution vom 24. Februar 1717. C. C. M. I, 2, Abschn. V 59 und 60. Ausgenommen wurden diejenigen Lehngüter, welche bereits auf dem äußersten Falle standen, sowie später die sogenannten illustren oder Thronlehen. Resolution vom 23. Februar 1720 §. 4. C. C. M. I 2, V n. 66. Vgl. Düesberg a. a. O. I S. 305.

Digitized by Google

Thronlehen,[3] wie auch für auswärts belegene Lehen machte man eine Ausnahme.[4] Damit war die Eigenschaft als Familiengut nicht beseitigt, welche die Lehen, seit ihre Erblichkeit anerkannt war, angenommen hatten; denn die Rechte der Lehnsanwärter blieben bestehen. Nach Maßgabe neuerer provincieller Gesetze gehen aber auch sie ihrer Beseitigung entgegen und zwar regelmäßig gegen eine Abfindung, soweit nicht Verwandlung des Lehns in ein Familienfideikommiß erfolgt.[5]

Die Errichtung neuer Lehen ist untersagt.[6]

Für die Beurtheilung der Lehnverhältnisse kommen zunächst die provinciellen und lokalen Lehnrechte in Betracht und nur subsidiär das allgemeine Landrecht,[7] dessen Theorie im Wesentlichen auf langobardischem Rechte beruht. Dieser subsidiäre Charakter, welcher den allgemeinen Grundsätzen des Landrechts entspricht, ist beim Lehen von besonderer Wichtigkeit, weil die lokalen Ordnungen hier vorzugsweise zahlreich und von der landrechtlichen Norm abweichend sind.[8] Im Herzogthum Sachsen sind auch die auf das Lehnrecht bezüglichen allgemeinen sächsischen Landesgesetze nach Einführung des Landrechts bestehen geblieben, so daß dieses nur im Falle ihrer Dunkelheit oder Unvollständigkeit zur Anwendung kommt.[9]

Mit der Lehnsallodifikation mußte konsequenterweise die Lehngerichtsbarkeit der Lehnhöfe, welche sich nach den Bestimmungen des Landrechts noch auf die nichtstreitigen Lehnsangelegenheiten erstreckte, zusammenfallen.[10] Indessen sind die Appellationsgerichtshöfe an deren Stelle berufen worden, inskünftige treten die Oberlandesgerichte ein.[11]

---

3) Thronlehen sind Lehen, mit denen der Vasall nicht durch den landesherrlichen oder einen privaten Lehnhof, sondern von dem Landesherrn selbst vor dem Throne beliehen wurde. Zu denselben zählen unter Anderm die drei schlesischen Fürstenthümer Sagan, Oels, Troppau und Jägerndorf, ferner die Lehen gewisser reichsunmittelbarer Fürsten und Grafen, z. B. Solms-Braunfels.

4) Nach der Verfassungsurkunde vom 5. December 1848 Art. 38 und 39 und der vom 31. Januar 1850 Art. 40 und 41.

5) Vgl. unten §. 373.

6) Vgl. unten §. 367 Anm. 6.

7) Zu beachten ist, daß nach dem Einführungsgesetz zur Reichskonkursordnung §. 5 unter 1 die landesgesetzlichen Vorschriften über Lehen und Familienfideikommiß nicht berührt werden.

8) Vgl. Suarez in der Schlußrevision bei Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 87.

9) Patent vom 15. November 1816 §. 4.

10) Ursprünglich sprach der Herr mit seinen Mannen im Lehnhofe Recht, später trat der Lehngerichtshof ein L. R. I, 18 §. 166 ff. Die Gerichtsbarkeit bezog sich ursprünglich auch auf Lehnsstreitigkeiten II feud. 15 §. 1. II feud. 22 pr. Anders schon nach L. R. I, 18 §. 166.

11) Verordnung vom 2. Januar 1849 §. 25 sub 4. Vgl. Gesetz vom 18. April 1855 §. 7. Siehe auch Gruchot Bd. 6 S. 83 ff. Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878 §. 49.

Digitized by Google

Lehnspersonen sind nach dem derzeitigen Lehnrechte nur noch der Lehnsbesitzer und die Anwärter. Solche sind die lehensfähigen Descendenten des Besitzers, ferner dessen Agnaten, d. h. die von dem ersten Erwerber des Lehns durch den Mannsstamm abstammenden Personen,[12] endlich etwaige andere Personen, die mit dem ersten Erwerber mitbelehnt waren und deren lebensfähige Nachkommen.

§. 366. Begriff, Arten des Lehens.

Der Begriff des allodificirten Lehns ist nur durch Herbeiziehung historischer Momente bestimmbar. Es ist das Lehen ein Gut, welches dem Lehnsträger vordem nur zu nutzbarem Eigenthum unter der Verpflichtung zur Treue gegen den Obereigenthümer — den Lehnsherrn — und zu ritterlichen Diensten zustand und an welchem die Lehnsanwärter noch nach Aufhebung dieses Verbandes gewisse Rechte haben. Den Mittelpunkt derselben bildet ein Successionsrecht in das Lehen.

Was die Arten der Lehen betrifft, so sind in Folge der Umwandlung der Lehnsverhältnisse manche Verschiedenheiten unpraktisch geworden, manche haben eine modificirte Bedeutung.

Man hat noch zu unterscheiden eigentliche und uneigentliche Lehen.[1] Erstere sind diejenigen, welche alle im gemeinen Lehnrechte bestimmten Eigenschaften der Lehen an sich tragen, letztere solche, für welche Abweichungen von denselben gelten. Für erstere spricht die Vermuthung, wenn die Lehnseigenschaft im Allgemeinen feststeht und keine entgegenstehende Observanz nachweisbar ist.[2]

Der Regel nach sind die Lehen Mannlehen, d. h. es sind nur durch den Mannsstamm von dem ersten Erwerber des Lehns abstammende Männer berufen. Weiberlehen sind uneigentliche.[3] Sie sind entweder subsidiäre Weiberlehen, wenn die Frauen den Männern nachstehen, oder vermischte, wenn das Geschlecht für die Succession keinen Unterschied macht.[4]

---

12) L. R. I, 18 §. 15. Unter dem Ausdruck Agnaten sind die Descendenten des letzten Lehnbesitzers regelmäßig nicht inbegriffen. Vgl. Anschütz über die Erbfolge in die Neuvorpommer'schen und Rügen'schen Lehngüter, Halle 1864. Entsch. des O. Trib. Bd. 51 S. 148.

1) So unterscheiden auch die gemeinrechtlichen Schriftsteller das feudum regulare, rectum, proprium und das feudum irregulare, improprium.

2) L. R. I, 18 §§. 63. 68. Nach §. 69 sollen die Eigenthümlichkeiten der „meisten" von einem Lehnhofe abhängigen Lehne der Vermuthung nach auch bei den übrigen Lehnen desselben Lehnhofs gelten.

3) Im Zweifel sind daher die Lehne Mannlehne L. R. I, 18 §. 15. War jedoch ein Weib die erste Erwerberin des Lehns, so gilt die Vermuthung für ein subsidiäres Weiberlehn L. R. I, 18 §. 424. Vgl. II feud. 30 pr. Paetz Lehnrecht §. 104 not. m.

4) Die Vermuthung spricht für die subsidiaria gegen die promiscua als die anormaleren. L. R. I, 18 §. 422. So auch Paetz Lehnrecht §. 112 not. x.

Digitized by Google

Uneigentliche waren ferner Lehen, von denen keine ritterlichen Dienste zu leisten waren, sogenannte Bürger- und Bauerlehen im Gegensatze zu adligen,[5] eine Unterscheidung, die heutzutage nur von historischer Bedeutung ist. Ferner sind uneigentliche Lehen die Pfandlehen, Lehen, welche dem Gläubiger vom Schuldner verliehen und die gegen Entrichtung der Schuldsumme dem Schuldner zu restituiren waren.[6] Solche Lehen sind zwar gleichfalls durch die Allodifikation Eigenthum des Lehnträgers geworden, allein das Auslösungsrecht des Schuldners wurde hierdurch nicht berührt.[7] Endlich ist ein uneigentliches Lehen das Geldlehen, bei welchem der Lehnsträger nichts Anderes hat als ein Nießbrauchsrecht an einem Kapital, in welches nach lehnrechtlichen Grundsätzen succedirt wird.[8]

Von besonderer Wichtigkeit war für das ältere Lehnrecht das Afterlehen, bei welchem der Vasall sein nutzbares Eigenthum weiter zu Lehen gab. Mit Wegfall jeder Lehnsherrlichkeit hat dies Lehen seinen besondern Charakter völlig verloren.[9]

§. 367. Begründung des Lehens.

Die Begründung des Lehens geschah dereinst durch Verleihung und Ersitzung.

Die Verleihung — Investitur — vollzog sich durch den übereinstimmenden Willen des Lehnsherrn und des Lehnsmannes — den sogenannten Lehnsvertrag und dessen förmliche Erklärung im Lehnhofe.[1] Ueber den Inhalt des Geschäfts pflegte der Lehnbrief Auskunft zu geben, welcher regelmäßig über dasselbe ausgestellt wurde. Die körperliche Uebergabe

---

5) L. R. I, 18 §. 66. Nur Adlige konnten in der Regel adlige Lehen erwerben. Dagegen Edikt vom 9. Oktober 1807 §. 1.

6) L. R. I, 18 §. 75 ff. Vgl. Gerber P. R. §. 108. Meibom deutsches Pfandrecht S. 385 ff. Dernburg Pfandrecht I S. 498. Die Formulirung des a. L. R. a. a. O. ist freilich eine wenig durchsichtige.

7) Auch bei bloß auf Zeit gegebenen Lehen, sogen. feudum temporarium, konsolidirte sich zwar das Eigenthum des Lehnsmannes durch die Allodifikation, dennoch ist dasselbe nach Ablauf jener Zeit dem Verleiher resp. dessen — allodialen — Erben zu restituiren.

8) Die Lehnsauflösungsgesetze beziehen sich auch auf solche Lehne, wie dies unter Anderm das Pommer'sche vom 4. März 1867 §. 1 und das Märkische vom 23. Juli 1875 §. 1 hervorheben.

9) L. R. I, 18 §§. 36 ff. 210 ff.

1) Durch diesen Akt ging das nutzbare Eigenthum an den Vasallen ohne Besitzübertragung über. Vgl. auch I feud. 25 pr. Der Rechtsgrund — causa — der Investitur konnte natürlich der mannichfachste sein. Nicht selten kam vor die Lehnsauftragung, bei welcher der Eigenthümer sein Eigenthum an den Lehnsherrn abtrat, um dasselbe als Lehn zurückzuerhalten, feuda oblata im Gegensatze zu data. Nach L. R. I, 18 §. 24 sollte bei den ersteren die Vermuthung für den Vasallen, bei den letzteren für den Lehnsherrn sein.

Digitized by Google

des Lehns schloß sich an die Investitur an, ohne zu ihrer Vollendung nothwendig zu sein.[2]

Erforderlich war die Belehnbarkeit des Vasallen. Sie fiel an sich nach dem allgemeinen Landrechte mit der Fähigkeit des Erwerbes der fraglichen Sache zusammen;[3] desgleichen Fähigkeit der Sache. Das Landrecht erkennt nicht nur die Lehnsfähigkeit von Grundstücken,[4] sondern auch von dauernden Gerechtigkeiten, z. B. von Erbzinsen, und selbst von beweglichen Sachen an, deren Substanz oder Werth dauernd sicher gestellt werden kann.[5]

Seit dem Inkrafttreten der Verfassung ist die Begründung eines Lehns nicht mehr möglich.[6] Daher könnte auch die Berufung auf Verjährung nur berücksichtigt werden, sofern nachweisbar wäre, daß dieselbe in jenem Moment vollendet war. Auch die Zuschlagung von sogenannten Pertinenzen zu einem Lehngute ist seitdem nicht mehr ausführbar, da das Verbot der Neuerrichtung auch die Erweiterung bestehender Lehen betrifft.[7] Dagegen schließt das Verbot den Eintritt eines Surrogats von Geld oder auch von Land für ein zu öffentlichen Zwecken dem Lehngute entzogenes Territorium nicht aus, da hierin nicht die Neubegründung, sondern nur die Uebertragung der Lehnsqualität liegt.[8]

In Folge des Verbotes der Neuerrichtung von Lehen sind früher ertheilte sogenannte Anwartschaften auf das Lehen unwirksam geworden, d. h. Rechtsgeschäfte, welche die persönliche Verpflichtung des Lehnsherrn erzeugten, dem Exspektanten das Lehen im Falle seiner Erledigung zu verleihen. Aehnlich verhält es sich mit Eventualbelehnungen, d. h. bedingten Belehnungen für den Fall, daß das Lehen sich zu Gunsten des Lehnsherrn eröffnen sollte,[9] da die Bedingung, nämlich eine derartige Erledigung, nicht mehr eintreten kann.[10] Anders steht es mit der Mitbelehnung, bei welcher das Lehen Mehreren der Art beliehen war, daß nur der Eine in den Besitz und

2) L. R. I, 18 §§. 89. 93.

3) Fehlte diese, so bestand absolute Lehnsunfähigkeit L. R. I, 18 §. 44, alle übrigen Bestimmungen der Eigenschaften des Lehnsmanns hingen von dem Ermessen des Verleihenden ab, L. R. I, 18 §. 45. So auch Eichhorn Einl. §. 201.

4) II feud. 1 §. 1 betrachtet als lehnsfähig nur Grundstücke und Objekte mit Immobiliarqualität.

5) L. R. I, 18 §§. 25. 26.

6) Und zwar ist hierbei die oktroyirte Verfassung vom 5. December 1848 gemeint, welche zuerst das Verbot aussprach.

7) Das Grundbuchamt ist daher nicht mehr befugt, einem Lehngute eine unbewegliche Pertinenz zuzuschreiben.

8) Es galt dies auch für die wegen Aufhebung der Grundsteuerfreiheit vom Gesetze zugebilligte Entschädigung, Striethorst Archiv Bd. 85 S. 296 ff.

9) So definirt das L. R. I, 18 §. 444 ff. die Anwartschaft und die Eventualbelehnung. Vgl. aber auch Beseler P. R. §. 154.

10) Diese Konsequenz hat bereits das L. R. gezogen L. R. I, 18 §. 655.

Digitized by Google

Genuß gesetzt wurde, während die Anderen und ihre Nachkommen erst nach dem Abgange des Besitzers und seiner Descendenz zu dem Besitze gelangen (Gesammthänder, nach dem Sprachgebrauch des Landrechts Mitbelehnte). Denn hier existirte bereits ein Recht der Mitbelehnten auf das Lehn, welches nur noch nicht zur Ausübung gekommen ist.[11] Solche Rechte hat die neuere Gesetzgebung nicht angetastet.

So lange die Lehnsherrlichkeit bestand, war die Wiederholung der Investitur — Lehnserneuerung — bei jedem Wechsel in der Person des Lehnsherrn oder in der des besitzenden Vasallen Seitens des Vasallen nachzusuchen und zwar nach dem allgemeinen Landrechte binnen einem Jahre und dreißig Tagen nach Kenntniß des Falles.[12] Die Versäumniß der Lehnsmuthung wurde vom Landrechte als sogenannte Felonie dritten Grades mit Geldbuße bedroht.[13] Dies ist nunmehr für die allodificirten Lehen bedeutungslos geworden.[14]

§. 368. Die Lehnsfolger.

1. Hinsichtlich der Frage, wer zur Lehnsfolge berechtigt sei, weicht bekanntlich das langobardische Lehnrecht wesentlich vom sogenannten sächsischen ab.

Nach langobardischem Lehnrechte sind alle vom ersten Erwerber des Lehns durch den Mannsstamm abstammenden Personen männlichen Geschlechts lehnsfolgeberechtigt.[1] Nach dem sächsischen Rechte vererbte sich dagegen das Lehen von dem jedesmaligen Belehnten nur auf dessen männliche agnatische Descendenz.[2] Doch erweiterte man dies beschränkte Successionsrecht im Laufe der Zeit durch die Belehnung zur gesammten Hand, indem man allen Söhnen des Vasallen das Lehngut belieh, auch wenn sie nicht in den Naturalbesitz gesetzt wurden, und diese Belehnung auch wieder deren Descendenten

---

11) Vgl. hierüber L. R. I, 18 §. 16. Es ist hierbei nicht an den Fall zu denken, in welchem den mehreren Vasallen das Lehen je nach ideellen Theilen ohne gegenseitiges Successionsrecht verliehen war, sogen. coinvestitura juris communis s. Longobardici vgl. Paetz Lehnrecht §. 61. — Ueber die Succession der Mitbelehnten siehe L. R. I, 18 §. 411 ff.

12) L. R. I, 18 §. 102 ff.

13) L. R. I, 18 §. 151.

14) Bestritten ist die Frage des Vorzugs von Lehnbriefen verschiedenen Inhalts, die bei successiven Investituren ausgestellt wurden. Das Landrecht entscheidet rationell, daß der spätere Lehnbrief dem Empfänger, der ihn ohne Verwahrung annahm, und dessen Successoren präjudicirt, nicht aber Agnaten und Mitbelehnten. L. R. I, 18 §. 141 u. 142. — Die gemeinrechtlichen Schriftsteller streiten. Viele verlangen den Nachweis, daß die Abänderung mit beiderseitiger Bewilligung geschah, während diese Bewilligung doch offenbar in der vorbehaltslosen Annahme des Lehnbriefs liegt.

1) I f. 1, 19 §. 1. II f. 11, 37 pr., 50.

2) Sächs. Lehnrecht Art. 21 §. 3.

Digitized by Google

zu Gute kommen ließ, so daß sich der Kreis der Mitbelehnten schließlich auf alle Agnaten erstreckte, deren Vorfahren und die selbst eine solche Belehnung versäumt hatten.[3]

Das allgemeine Landrecht adoptirte das langobardische System,[4] provincialrechtlich aber bestand vielfach in der Monarchie das sächsische. Dasselbe wurde indessen unhaltbar nach Allodifikation der Lehen. Von deren Inkrafttreten an gelten alle Agnaten, welche nach früherem Rechte die Belehnung hätten fordern können, so berechtigt, als wäre ihnen diese ertheilt.[5]

Seitenverwandte des ersten Erwerbers des Lehns haben kein Recht auf dasselbe, es sei denn, daß es diesem so beliehen war, als hätte er es ererbt.[6] Der Vermuthung nach gelten auch bei einem derartigen sogenannten feudum ex jure antiqui concessum nur die Brüder des ersten Erwerbers und dessen Abkömmlinge als mitbelehnt, wenn die Absicht nicht, wie auch aus den Umständen geschlossen werden kann,[7] eine weitergehende war und Alle umfaßte, welche von irgend einem Vorfahren des Erstbelehnten erweislich abstammten.

2. Der Regel nach sind Weiber nicht successionsfähig.[8] Es sind unfähig ferner Klostergeistliche als bürgerlich todt, wenn sie nicht innerhalb eines Jahres und dreißig Tagen ihres Gelübdes ledig werden.[9] Successionsfähig sind aber bei uns durch nachfolgende Ehe Legitimirte, Brautkinder,[10] sowie Kinder aus putativen Ehen.

---

3) Dies war die schließliche Gestaltung. In der Uebergangszeit forderte man das Verbleiben der Mitbelehnten in der Gewere. Vgl. Homeyer Sachsenspiegel II, 2 S. 461 ff., Beseler P. R. §. 155.

4) L. R. I, 18 §§. 17. 109. 380. 411. 412. Vgl. überhaupt Witte das preußische Intestaterbrecht S. 163 ff.

5) Vgl. Gesetz vom 18. April 1855 für die Lehen, auf welche das sächsische Lehnrecht Anwendung findet. Das Gesetz fordert statt der früheren Lehnsmuthung eine Anmeldung bei dem zuständigen Obergericht binnen sächsischer Frist, 1 Jahr 6 Wochen 3 Tage, jedoch nur mit dem Präjudiz, daß im Falle der Versäumniß alle Dispositionen des Lehnbesitzers über das Lehn den Nichtangemeldeten binden, vorbehaltlich des Regresses gegen den Lehnbesitzer.

6) Siehe L. R. I, 18 §. 402.

7) Beispiele giebt L. R. I, 18 §. 406: wenn der erste Erwerber zur Zeit der Belehnung keine Brüder hatte, das Gut schon vorher Stamm- oder Familiengut war.

8) L. R. I, 18 §§. 380. 422 ff.

9) L. R. I, 18 §. 370 ff. Weiter geht II feud. 30 §. 1.

10) L. R. I, 18 §. 361. Im Herzogthum Sachsen bestimmte die Lehnsfähigkeit der sog. Mantelkinder die Deklaration vom 30. Sept. 1820 auch für den Fall, daß die Lehnbriefe auf eheliche Nachkommen lauteten. Anders nach manchen Provinzialrechten, z. B. dem der Mark Brandenburg Striethorst Arch. Bd. 69 S. 135. Gemeinrechtlich ist das Recht der Mantelkinder bestritten. Vgl. II feud. 26 §. 19. Dafür Dieck über die Lehnsfolgefähigkeit der Mantelkinder, Halle 1832. Dagegen Wilda Zeitschrift f. deutsches Recht IV S. 281 ff. Beseler P. R. §. 165 Anm. 4. Ueber Brautkinder siehe Witte a. a. O. S. 164.

Digitized by Google

3. Die Ordnung des Lehnsfolge beruht der Regel nach auf der sogenannten Linealfolge,[11] welche die Verfasser des Landrechts als die des langobardischen Lehnrechts betrachteten.[12] Es succediren also zunächst die lehnsfähigen Nachkommen des letzten Lehnbesitzers nach Stämmen, dann diejenigen Agnaten, welche mit dem letzten Lehnsbesitzer den nächsten gemeinsamen Stammvater haben, und zwar gleichfalls nach Stämmen, die Nähe des Grades kommt nicht in Betracht. Ascendenten des Lehnsbesitzers succediren der Regel nach nicht.[13]

Bei Weiberlehen kommt der Regel[14] nach die Weibersuccession erst in Ermangelung der Agnaten des ersten Erwerbers und Mitbelehnten zur Wirksamkeit.[15] Und zwar succediren zuerst die etwaigen Söhne von Töchtern oder von Enkelinnen des letzten Besitzers. Existiren solche nicht, so bleibt die Tochter ersten Grades — die Erbtochter — zwar im Besitze und Genusse des Lehns; verstirbt sie aber ohne männliche Descendenten, so kommen die vom ersten Lehnserwerber kognatisch stammenden Männer zur Succession nach derselben Ordnung wie Agnaten. Weiber gelangen — von der Erbtochter abgesehen — nur dann zum subsidiären Lehn, wenn auch keine vom ersten Erwerber durch Weiber stammende Männer vorhanden sind.[16]

Die gesetzliche Erbfolge tritt nur ein, wenn bei der Begründung oder durch späteren Familienschluß keine andere festgestellt war, z. B. durch Einführung einer Primogenitur, Majorat, Seniorat, Bestimmung der Gradual-Erbfolge.[17] Beim sogenannten Erblehen insbesondere folgt die Ordnung

---

11) L. R. I, 18 §. 388 ff.

12) Die langobardische Lehnsordnung ist freilich bestritten. Manche nahmen an, daß die Gradualordnung nach römischem Rechte gelte, wofür sehr bestimmt zu sprechen scheint II feud. 37 pr., Andere fanden die Linealerbfolge in demselben vertreten, worauf deutet II feud. 50, welche mit der vorangeführten Stelle nicht zu vereinigen ist; die Meisten entscheiden sich für die Linealgradualerbfolge, wobei also in derselben Linie die Nähe des Grades den Vorzug giebt. Vergl. Pfeiffer im Rechtslexikon Bd. 6 S. 550 ff. Beseler P. R. §. 166. Daß die Redaktoren des Landrechts nach II feud. 50 die Linealerbfolge als die des langobardischen Lehnrechts ansahen, ergiebt die von den Gesetzrevisoren in den Motiven zum revidirten Entwurf des Lehnrechts S. 113 mitgetheilte Aeußerung von Suarez.

13) Doch kann der Vater nach L. R. I, 18 §. 398 ff. in das dem Sohne unter Lebenden abgetretene Lehen bei dessen unbeerbtem Tode successiren. Dies nach II feud. 49, dessen Tragweite aber bestritten ist. Witte a. a. O. S. 168. Anders wenn z. B. ein Weiberlehn von der Mutter an den Sohn fiel u. s. w.

14) Sie sind der Regel nach subsidiäre. Vgl. oben §. 366.

15) Vgl. L. R. I, 18 §§. 420. 422 ff. Witte Intestaterbrecht S. 174. — Die Grundlage ist also der Vorzug der Erbtochter vor der sog. Regredienterbin, über den man gemeinrechtlich im vorigen Jahrhundert stritt.

16) Ueber die Anwendung des Grundsatzes femina semel exclusa semper excluso in L. R. I, 18 §. 430 siehe Witte a. a. O. S. 176.

17) Gradualerfolge nimmt L. R. I, 18 §. 413 an, wenn Agnaten, die der Mitbelehnung zur Erhaltung ihres Rechts bedurften, nach rechter Sippzahl — Recht

Digitized by Google

den Regeln der Intestaterbfolge, während die Successionsfähigkeit sich im Zweifel nach lehnrechtlichen Grundsätzen richtet.[18]

§. 369. Rechtsverhältnisse.

1. Der Lehnsbesitzer hat seit Aufhebung des Obereigenthums das ausschließliche Eigenthum der Lehnssache. Manche freilich betrachten die sämmtlichen Lehnsanwärter als Eigenthümer und statuiren so ein deutschrechtliches Gesammteigenthum, ein Gedanke, bei dem die frühere Belehnung der sämmtlichen Agnaten zur gesammten Hand nachwirkt.[1] Richtiger aber sieht man in den Rechten der Anwärter dingliche Rechte an der fremden Sache auf deren künftigen Anfall.

Der Lehnsbesitzer hat als Eigenthümer soweit Rechte, als er nicht durch die Berechtigungen der Lehnsanwärter beschränkt ist. Ihm stehen namentlich die Nutzungen, ordentliche wie außerordentliche,[2] zu, er darf verändern, nicht aber deterioriren.[3] Er darf seine Rechte Anderen überlassen, Pacht und Nießbrauch am Lehngute bestellen. Er vertritt die Lehnssache aktiv und passiv in Rechtsstreitigkeiten, so daß die Entscheidung auch für die Anwärter Rechtskraft gewinnt, nicht weniger sind von ihm geschlossene Vergleiche über Rechtsstreitigkeiten für die Anwärter verbindlich.[4] Die Veräußerung der Substanz des Lehns ist zwar seit Aufhebung der Lehnsherrlichkeit nicht mehr bei Strafe der Felonie verboten,[5] bindet aber die Lehnsfolger nicht.

---

der Sippzahl — belehnt wurden. Witte Intestaterbrecht S. 170. Vgl. aber auch Hoffmann sächs. Lehnrecht §. 122.

18) Vgl. L. R. I, 18 §. 437 ff. Das Erblehen ist daher regelmäßig ein feudum hereditarium mixtum, nicht merum. Vgl. auch Witte a. a. O. S. 173. — Nothwendig ist insbesondere auch Abstammung vom ersten Erwerber des Lehns Paetz Lehnrecht §. 105 not. p.

1) Allerdings bestimmt L. R. I, 18 §§. 17. 18, Agnaten und Mitbelehnte nehmen an dem nutzbaren Eigenthume des Lehns, welches dem Vasallen zukommt, Theil; doch ruht ihr Recht, bis sie nach der Ordnung der Lehnsfolge zum wirklichen Besitz des Lehns berufen werden. Aber grade dieses ruhende Recht läßt sich nach den Denkformen, die unsere Jurisprudenz ausgebildet hat, nur als Recht an fremder Sache bezeichnen. Vgl. auch Göppert Gesammteigenthum s. S. 9 ff.

2) L. R. I, 18 §§. 6. 7.

3) L. R. I, 18 §. 577.

4) Dies war gemeines Recht II feud. 26 §. 21. Das L. R. forderte I, 18 §. 258 Zustimmung des Lehnsherrn, um diesen zu verbinden. Dies ist weggefallen. Ohne Grund ist es, wenn Koch die Rechte, die dem Lehnsherrn gegeben sind, analog auf die Anwärter ausdehnen will. Dies auch mit Beziehung auf die Lehre der Familienfideikommisse L. R. II, 4 §. 117 ff. Doch ist bei diesen überhaupt der Charakter als Familiengut doktrinärer und schroffer festgehalten als beim Lehn, bei dem diese Seite eben nur sekundär war.

5) L. R. I, 18 §. 187 ff. Die Felonie war zweiten Grades, wenn sie mit Verschweigung der Lehnseigenschaft geschah, sonst dritten Grades — nur mit Geld zu bestrafen. Nach dem derzeitigen Recht ist in der Regel die Auflassung des Lehns, nicht des Fideikommisses zulässig.

Digitized by Google

2. Die Lehnsfolger haben vor dem Anfall folgende Rechte:

a) Sie können die Eintragung ihrer Anwartschaft im Grundbuche fordern, die auf Grund der Bescheinigung der Lehnsbehörde erfolgt.[6] Nichteingetragene Anwärter können gegen Dritte, die deren Rechte beim Erwerbe der Sache nicht kannten, keine Ansprüche geltend machen.[7] Die eingetragenen Anwärter sind namentlich auch im Falle der Gemeinheitstheilungen zu laden und können am Verfahren Theil nehmen.[8]

b) Die Anwärter sind befugt, im Falle von Deteriorationen des Lehngutes Sicherungsmaßregeln zu beantragen. Doch hat das Recht nur der jedesmal nächste Lehnsfolger, wenn der nach der Lehnsordnung Berufene im Besitze ist, während dann, wenn ein Fremder den Besitz des Lehns hat, jeder Lehnsanwärter zum Antrage befugt ist.[9]

c) Gegen Veräußerungen des Lehens kann jeder Lehnsanwärter protestiren mit der Folge, daß der trotzdem Erwerbende nach dem Anfalle des Lehns an den Protestirenden oder an dessen Erben nicht mehr als redlicher Besitzer gilt.[10] Auch kann der Anwärter zur Verhütung von Verdunkelungen den Zustand zur Zeit der Veräußerung nach den Grundsätzen über den Beweis zum ewigen Gedächtniß feststellen lassen.

§. 370. Der Anfall des Lehens.

Im Momente des Wegfalles des bisherigen Lehnsbesitzers, sei es durch Tod oder Unfähigkeit oder Verzicht, rückt der nächste Lehnsfolger in das Eigenthum des Lehens ein und zwar von Rechtswegen, ohne daß es seiner Willenserklärung über den Erwerb bedarf.[1]

Es besteht das Axiom in der lehnrechtlichen Wissenschaft, daß diese Succession sich vollziehe ex pacto et providentia majorum.[2] Darunter ist

---

6) G. B. O. §. 52; §. 13 des Gesetzes über den E. E. ist unanwendbar.

7) L. R. I, 18 §. 291. Die Bestimmung von L. R. I, 18 §. 293, wonach Söhne in väterlicher Gewalt zur Erhaltung ihres Rechts gegen Dritte keiner Eintragung bedurften, ist in Folge des §. 11 des Gesetzes über den E. E. vom 5. Mai 1872 weggefallen. Ueber Eintragungen unter demselben Datum vgl. Gesetz über den E. E. §. 36, Präjudiz des O. Trib. 2037.

8) Gesetz vom 7. Juni 1821 über die Ausführung der Gemeinheitstheilungsordnung §§. 10—14. Verordn. vom 30. Juni 1834 §. 25.

9) L. R. I, 18 §§. 577. 300. Entsch. des O. Trib. Bd. 35 S. 60.

10) L. R. I, 18 §. 296 ff.

1) Die Eintragung in das Grundbuch wird nicht von Amtswegen durch die Lehnsbehörde betrieben. Sie erfolgt vielmehr auf Ansuchen des Lehnsfolgers auf Grund einer Bescheinigung der Lehnsbehörde — G. B. O. §. 52 — vorausgesetzt, daß die Lehnsqualität des Grundstücks aus dem Grundbuche erhellt.

2) Die Glosse zu I feud. 1 §. 2m spricht dies aus, um die testamentarische Succession auszuschließen: quia potius principali providentia, quam ejus judicio hoc feudum ad fratrem perveniret et a majoribus hoc intelligitur habere.

Digitized by Google

zu verstehen, daß sie geschehe nach den besonderen in das Lehen bei seiner Begründung gelegten Normen und daß sie dadurch bedingt sei, daß man von dem ersten Erwerber abstamme, welcher das Lehen für sich und seine Nachkommen erhielt. Aber die erste Investitur ist doch nur die entferntere Quelle des Erwerbs;[3] es kommt daneben in Betracht, daß jeder Lehnsfolger sein Recht durch das Medium der Ascendenten gewinnt, die zwischen ihm und dem ersten Erwerber in der Mitte standen. Ihre Handlungen und Verfügungen sind in Folge dessen mehr oder weniger für ihn von Rechtswirksamkeit. Dabei unterscheidet das langobardische Recht die Succession der Descendenten des verstorbenen Lehnbesitzers von derjenigen der Agnaten. Für die Descendenten stellt es den Satz auf, daß sie das Lehen und die Allodialerbschaft zusammen erwerben oder ausschlagen müssen[4] und Veräußerungen ihres Ascendenten nicht revociren können.[5] Unser allgemeines Landrecht hat dies abgeschwächt, folgt aber doch ähnlichen Unterscheidungen.

Nach seinem System müssen Descendenten Verfügungen ihres Vorbesitzers über die Nutzungen des Lehns anerkennen, dessen Veräußerungen der Substanz dürfen sie aber gegen Entschädigung revociren.[6] Die Allodialerbschaft können sie ausschlagen und doch das Lehn behalten. Aber die Schulden der Allodialerbschaft sind stets, falls das Allodialvermögen nicht ausreicht, so lange aus den Lehnseinkünften zu befriedigen, bis die vom Schuldner abstammende Descendenz erloschen ist.

Die Agnaten sind an sich nicht gehalten, Verfügungen zu respektiren, welche ein agnatisch verwandter Vorbesitzer getroffen hat. Dagegen sind sie durch Konsense ihrer Ascendenten zu Veräußerungen und anderen das Lehn schmälernden Verfügungen dann gebunden, wenn sie zur Zeit ihrer

---

3) Manche haben dies verkannt und jenem Axiom eine übertriebene Bedeutung beigelegt. Vgl. J. L. Boehmer de filio vasalli in feudo Gott. 1779. Das Axiom verwirft total im Gegensatze hierzu Schröder: die rechtliche Natur der Lehnsfolge, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 5 S. 295 ff.

4) II feud. 45, II feud. 51 §. 4. filius non potest recusare hereditatem patris absque feudo. Dies gilt auch in dem Herzogthum Sachsen, Hoffmann a. a. O. §. 131 ff.

5) Dies ist wenigstens die richtige Ansicht. Vgl. Beseler d. P. R. §. 160 Anm. 19. Eichhorn Einl. §. 228 not. n. Schröder a. a. O. Bd. 5 S. 285 ff.

6) L. R. I, 18 §. 266 ff. Vgl. Jakobi über das Anrecht der Söhne an das Lehen bei Ulrich Archiv Bd. 12 S. 523. In Bezug auf testamentarische Verfügungen des Ascendenten über das Lehn — im Grunde Veräußerungen — finden sich besondere Bestimmungen L. R. I, 18 §. 280 ff. Descendenten, die Erben ihres Vaters geworden sind, können sie nicht anfechten, was nach den Grundsätzen des Landrechts singulär ist, und der Vater kann ferner, sofern die gesetzlichen Enterbungsgründe vorhanden sind, den Descendenten auf Alimente beschränken.

Digitized by Google

Ertheilung noch in väterlicher Gewalt ſtanden oder erſt nach derſelben geboren wurden.[7]

Iſt das Lehen oder ſind Beſtandtheile deſſelben veräußert, ſo hat der Lehnsfolger mit dem Anfall des Lehns die actio feudi revocatoria, falls er das Recht nicht durch die eigne Zuſtimmung oder die eines Aſcendenten verwirkt hat.[8] Es liegt hierin eine Art von Eigenthumsklage, da der Anwärter mit dem Anfalle Eigenthümer wird. Zur Erſtattung des vom Beſitzer für den Erwerb Ausgelegten iſt jedoch der Revokant der Regel nach nicht verpflichtet.

Nach früherem Rechte hatten die Agnaten auch einen ſogenannten Lehnsretrakt,[9] ein Vorkaufsrecht im Falle der Veräußerung von Lehnbeſtandtheilen. Dieſes Recht ſtand ihnen bereits vor dem Anfalle des Lehens zu. Durch die neuere Geſetzgebung iſt daſſelbe weggefallen.[10]

§. 371. Von den Lehnsſchulden.[1]

Das Lehn bildet einen Vermögenskomplex, welchem gewiſſe Schulden zugehören, in die jeder Nachfolger in das Lehen ſuccedirt.[2] Es ſind dies die ſogenannten Lehnsſchulden.

Man unterſcheidet geſetzliche — legalia — und auf der Zuſtimmung der Lehnsfolger beruhende Lehnsſchulden — consensuata —, ferner abſolute, die alle Lehnsfolger treffen, und relative, die nur gewiſſen Anwärtern obliegen, dann unmittelbare, die in erſter Linie aus dem Lehen zu entrichten ſind,

---

7) L. R. I, 18 §. 309. Daß ſolchen Nachkommen dennoch das Anfechtungsrecht von Subſtanzveräußerungen gegen Entſchädigung zuſtehen ſollte und zwar arg. L. R. I, 18 §. 266 hatte zwar das Juſtizminiſterium Kamptz Jahrb. Bd. 17 S. 14 behauptet; dagegen aber faſt alle Späteren, z. B. Eichhorn in einem Rechtsgutachten über den §. 309, Berlin 1822. Dllesberg in Simons Zeitſchr. Bd. 1 S. 134. Witte Inteſtaterbrecht S. 193. — Die Worte des §. 309 ſind unzweideutig und die Revokation iſt nicht zu begünſtigen, ſonſt hätte der Schluß, daß, was den Deſcendenten verſtattet iſt, den bloßen Agnaten nicht zu verſagen ſei, wohl Grund. — Gemeinrechtlich ſtreitet man über dieſe Verbindungskraft des Konſenſes für die ungeborenen Nachkommen.

8) L. R. I, 18 §. 302. Die Verjährung der Klage beginnt erſt mit dem Anfalle der Succeſſion. Der Verklagte hat bis zum Proceßbeginn regelmäßig die Stellung eines redlichen Beſitzers L. R. I, 18 §. 303.

9) L. R. I, 18 §. 305 ff. II feud. 9 §. 1. II feud. 26 §. 13.

10) Ablöſungsgeſetz vom 2. März 1850 §. 4. Plenarbeſchluß des O. Tr. vom 18. Sept. 1854, Entſch. Bd. 28 S. 301.

1) L. R. I, 18 §. 311 ff. Vgl. über Lehnsſchulden Gerber in Linde's Zeitſchrift n. F. Bd. 11 S. 183 ff., Meibom in Bekker's und Muther's Jahrb. Bd. 4 S. 465 ff. und dawider Gerber in Iherings Jahrb. Bd. 6 S. 281 ff.

2) Hiernach erblickt Gerber a. a. O. mit Recht in der Lehnsſucceſſion eine beſondere Univerſalſucceſſion. Der Lehnsfolger ſteht der Regel nach für ſolche Schulden nur mit den Einkünften oder höchſtens der Subſtanz des Lehns, nicht aber perſönlich ein.

Digitized by Google

und subsidiäre, die nur im Falle der Unzulänglichkeit der Allodialmasse das Lehn verpflichten, endlich solche, die nur auf den Nutzungen, und solche, die auch auf der Substanz ruhen.[3]

Hinsichtlich der gesetzlichen Lehnsschulden verweist das Landrecht auf die provinziellen Ordnungen, aus denen sich ergiebt, welche Ausgaben für den Lehnsbesitzer und dessen Familie oder für das Lehen als gesetzliche Lehnsschulden gelten.[4] Durch das Landrecht selbst werden nur Ausgaben, die gesetzlich vorgeschrieben[5] oder im Interesse der Landeskultur vom Staate empfohlen sind,[6] als Lehnsschulden besonders charakterisirt.

Konsentirte Lehnsschulden verbinden nur die Konsentirenden und deren Descendenten, sie sind im Zweifel subsidiär[7] und nur aus den Nutzungen des Lehns zu entrichten.[8] Es bezieht sich dies aber nicht auf den Fall, wenn die Zustimmung zu dem Zwecke eingeholt war, um die Höhe einer gesetzlichen, absoluten und nothwendigen Lehnsschuld festzusetzen.[9] Der Konsens muß schriftlich sein.[10]

Lehnsschulden haben an sich ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Entstehung gleichen Rang, sie seien denn durch Eintragung in das Grundbuch mit hypothekarischen Rechten versehen.[11]

Das Recht der Exekution in das Lehen ist natürlich ein verschiedenes, je nachdem die Forderungen dessen Substanz verhaften[12] oder nur dessen Einkünfte. In dem letzteren Falle ist nur eine Beschlagnahme und Sequestra-

---

3) Gesetzliche Lehnsschulden ruhen der Regel nach nur auf den Nutzungen, L. R. I, 18 §. 234. Solche, die bloß zu Gunsten der Person des Vasallen oder seiner Familie gemacht sind, sind subsidiäre, L. R. I, 18 §. 232.

4) L. R. I, 18 §. 228 ff.

5) L. R. I, 18 §. 241. Solche verhaften die Substanz.

6) L. R. I, 18 §. 238. Sie lasten auf den Einkünften. Besondere Normen gelten für den Fall der Gemeinheitstheilungen und Ablösungen. Die Substanz selbst ist hier verpfändbar für die Kosten des Verfahrens, die zu leistenden Abfindungsgelder, ferner dauernder Verbesserung dienender, durch die Umgestaltung nothwendig gewordener Einrichtungskosten, Kab. O. vom 2. Juli 1831, Gesetz vom 29. Juni 1835 §. 4 ff.

7) L. R. I, 18 §. 320 mit Vorbehalt von §. 321.

8) L. R. I, 18 §§. 244. 319.

9) L. R. I, 18 §§. 245. 246.

10) L. R. I, 18 §. 313. Vorbehaltlose Unterschrift des Schuldinstruments durch den Lehnsfolger genügt. Der darleihende Anwärter konsentirt durch das Darlehen L. R. I, 18 §. 316. Der für eine gewisse Zeit ertheilte Konsens erhält sich nach besonderer Bestimmung, wenn die Klage binnen vier Wochen nach Ablauf der Zeit angemeldet und später gehörig fortgesetzt wird, L. R. I, 18 §. 256.

11) L. R. I, 18 §. 323 ff.

12) Es tritt dann Subhastation ein. Bleibt ein Ueberschuß, so ist nach L. R. I, 18 §. 341 derselbe auf Antrag der Anwärter als Geldlehen zu belegen. Die Schaffung eines Lehnguts kann in Folge des Verbots der Begründung neuer Lehen nicht mehr gefordert werden.

Digitized by Google

tion der Einkünfte zulässig.[13] Die Beschlagnahme der Lehnseinkünfte tritt auch dann ein, wenn der Lehnsbesitzer mit seinem allodialen Vermögen in Konkurs geräth, da die Lehnseinkünfte in die Konkursmasse fließen.

Der Lehnsbesitzer hat im Falle der Exekution in die Lehnseinkünfte das Recht der Lehnskompetenz.[14] Dieselbe besteht der Regel nach in einem Viertheile der Einkünfte, es sei denn dasselbe nicht zu seinem standesmäßigen Unterhalte ausreichend.

§. 372. Sonderung des Lehns vom Allodialvermögen.

Eine Sonderung des Lehns und des Allodialvermögens wird nothwendig, wenn nach dem Tode eines Lehnsbesitzers beide Vermögensmassen an verschiedene Successoren gelangen.[1] Sie ist aber auch erfordert, falls der Lehnsbesitzer in Konkurs kommt und richtet sich dann wesentlich nach denselben Grundsätzen. Wir beschäftigen uns vorzugsweise mit dem ersten Falle.

1. Die Allodialerben haben das Recht auf den Besitz der ganzen Erbmasse, so lange und so weit die Lehnsqualität nicht anerkannt ist,[2] die Lehnsprätendenten können aber Maßnahmen gegen Verdunkelungen und im Falle einer Gefährdung Sequestration fordern. Ist nicht die Lehnsqualität, sondern nur der Lehnsfolger zweifelhaft, so ist das Lehn zu sequestriren und die Sonderung des Lehns geschieht gegen sämmtliche Prätendenten, welche entweder in Person auftreten oder durch einen Kommunkurator vertreten werden[3]

2. Die Lehnsfolger haben ein Recht auf solche unbewegliche Pertinenzstücke, die dem Lehngute — vor dem Inkrafttreten der oktroyirten Verfassungsurkunde — zugeschlagen wurden.[4] Außerdem können sie die Abtretung von thatsächlich verbundenen Pertinenzstücken gegen den Taxwerth aus Bil-

---

13) Näheres siehe Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §. 377 ff. Vgl. oben §. 365 Anm. 7.

14) L. R. I, 18 §. 350. A. G. O. I, 49 §. 27 ff. Die Lehnskompetenz wird anerkannt durch Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §. 438. Koch zu diesem Orte bezeichnet die Aufrechterhaltung als folgewidrig, da sie im Interesse des Lehnsherrn gewesen sei, also hätte wegfallen müssen, seit es keinen Lehnsherrn mehr giebt.

1) A. G. O. I, 46 §. 26 ff. L. R. I, 18 §. 508 ff. Die Klage auf Sonderung ist in diesem Falle nach preußischem Rechte bei dem persönlichen Richter des Erblassers anzustellen, nach gemeinem Rechte bei dem Gericht der belegenen Sache, Paetz Lehnrecht §. 165 not. v und dort Citirte. Ueber den Fall des Konkurses siehe Konkursordnung §. 36 Absatz 2.

2) A. G. O. I, 46 §. 28. Gemeinrechtlich differiren die Ansichten; die Auffassung des preußischen Rechts entspricht dem Charakter der Allodialerbschaft als Universalsuccession, die an sich Alles erfaßt, was dem Erblasser gehörte.

3) A. G. O. I, 46 §. 30.

4) Die Einverleibung mußte aber im Hypothekenbuche vermerkt sein, es sei denn, daß das Zuerworbene nicht für sich allein benutzt werden konnte. L. R. I, 18 §§. 528. 529.

Digitized by Google

ligkeitsgründen verlangen.[5] Dieselben sind dann von allen Lehnsfolgern zu gleichem Preise zu übernehmen, bleiben aber an sich allodial.

3. Beilaßstücke kann der Lehnsfolger nur fordern, wenn sie nachweisbar einem Lehnserwerber mit dem Lehn übergeben waren oder wenn sie in einem Lehninventarium als Zubehör des Lehns verzeichnet sind.[6] Erhellt nichts über die Quantität, so ist das zur nothdürftigen Bewirthschaftung Erforderliche zu leisten.[7] Der Qualität nach sind im Zweifel Stücke mittlerer Güte gefordert.

4. Die Früchte des letzten Jahres sind zwischen den Lehnsfolgern und Allodialerben nach den für den Nießbrauch geltenden Grundsätzen zu theilen.[8]

5. Wegen Verbesserungen des Lehns hat die Allodialmasse regelmäßig nichts zu fordern.[9] Doch leidet dies insbesondere eine Ausnahme für dasjenige, was der Lehnsbesitzer zur Wiedereinlösung von früher vom Lehn getrennten Pertinenzen verausgabte, sofern hierdurch der Lehnsfolger bereichert ist.[10] Auch ist Vergütung für Verbesserungen dann zu leisten, wenn der Lehnsbesitzer sich dieselbe durch die zwei nächsten Anwärter, welche hierin die Familie vertreten, zusichern ließ, so daß sie auf die Lehnseinkünfte zur allmähligen Tilgung angewiesen wurden.

6. Für Verschlimmerungen steht der Lehnsbesitzer ein, wenn ihm wenigstens mäßige Verschuldung zur Last fällt.[11] Doch läßt das Gesetz nur wegen bestimmter, einzeln aufgeführter Deteriorationen Klage zu.[12]

Zugelassen wird die Kompensation von Verbesserungen auf Ersatzansprüche wegen Deteriorationen, selbst wenn eine Vergütung für die Verbesserungen an sich nicht gefordert werden könnte.[13]

---

5) L. R. I, 18 §. 534 ff. Gemeinrechtlich nahm man gleiche Sätze auf Grund von II feud. 28 §. 2 an.

6) L. R. I, 18 §. 515.

7) L. R. I, 18 §. 516.

8) L. R. I, 18 §. 510. Ueber das langobardische Recht II feud. 28 §. 3.

9) L. R. I, 18 §. 543. Gemeinrechtlich pflegt man den Landerben wegen der Meliorationen einen Entschädigungsanspruch zuzugestehen. Vgl. Beseler d. P. R. §. 163 not. 13.

10) L. R. I, 18 §. 540.

11) arg. L. R. I, 18 §. 560. Im gemeinen Rechte beschränkt man nicht selten die Verpflichtung auf dolus und culpa lata. Paetz Lehnrecht §. 172.

12) L. R. I, 18 §. 557. Es kommen in Betracht Deteriorationen gewisser Gebäude, Vernachlässigung von Dämmen und Wasserbauten, Holzverwüstungen u. s. f. Vgl. auch L. R. I, 18 §§. 561. 562 für den Fall der Nichtwiederaufrichtung durch Zufall zerstörter Wohn- und Wirthschaftsgebäude.

13) L. R. I, 18 §. 575. Vgl. Paetz §. 172.

Digitized by Google

7. Der Allodialerbe hat wegen seiner Ansprüche gegen den Lehnsfolger kein Recht der Retention, wie ihm solches nach gemeinem Rechte zusteht,[14] wohl aber kann er hypothekarische Sicherung oder auch Sequestration des Lehns bis zu seiner Befriedigung fordern.[15]

§. 373. Aufhebung der Lehnseigenschaft.

1. Die Lehnseigenschaft erlischt, wenn kein lehnberechtigter Anwärter mehr existirt, wie auch dann, wenn kein Anwärter binnen der von den provinciellen Lehnsauflösungsgesetzen festgesetzten Fristen nach Maßgabe dieser Gesetze beim Lehnshof oder auch beim Grundbuch als Lehnsberechtigter eingetragen ist.[1] Das Grundstück wird in diesen Fällen freies Eigenthum des Besitzers des Lehns und geht auf dessen Allodialerben über.

2. Das Gleiche gilt, wenn alle diejenigen, welche an sich nach Lehnrecht ein Successionsrecht hatten, in andrer Weise dieser Rechte verlustig gingen. Es kann dies nach ihrem Willen geschehen, insbesondere durch einen Familienschluß.[2] Desgleichen dadurch, daß alle Anwärter einer Veräußerung des Lehens an einen Dritten ihre Zustimmung gaben. Nicht weniger erlischt aber die Lehnsqualität auch durch Veräußerung des Lehens an einen gutgläubigen Dritten, sofern die Rechte der Lehnsanwärter nicht aus dem Grundbuche erkennbar waren.[3] Endlich erlischt die Lehnsqualität durch Verjährung.[4] Die Verjährung kann natürlich nicht laufen, soweit ihr die Publicität, welche das Grundbuch dem Lehnsverhältniß giebt, entgegensteht.[5]

Liegt eine Aufhebung der Lehnseigenschaft in der Eintragung eines sogenannten Lehnsstammes? Von einem Lehnsstamme spricht das Landrecht,[6] wenn sich die Lehnsfolger eine gewisse, auf die Lehnssache radicirte Summe vorbehalten haben. Die Absicht bei einem solchen Geschäfte muß darin

---

14) Paetz Lehnrecht §. 171 not. f.

15) L. R. I, 18 §§. 600. 601.

1) L. R. I, 18 §. 656. Vgl. die unter Anm. 8 bezeichneten Gesetze.

2) Edikt vom 9. Oktober 1807 §. 9. Vgl. auch die Anm. 8 bezeichneten Lehnsauflösungsgesetze.

3) L. R. I, 18 §. 665 stimmt nicht mit dem heutigen Grundbuchrechte. Dagegen Märkisches Lehnsauflösungsgesetz §. 17 unter 1.

4) Vgl. aber L. R. I, 18 §. 666 über den Fall, daß die mit der Lehnseigenschaft belegte Sache noch nicht im Grundbuche verzeichnet ist. Siehe auch unten §. 378 Anm. 8.

5) Die Löschung der Lehnseigenschaft im Grundbuche kann nur auf Grund einer Bescheinigung der Lehnsbehörde erfolgen, G. B. O. §. 99.

6) Die Unterscheidung von „Lehnsstamm" und „Lehnsquantum," welche gemeinrechtliche Feudisten machen, findet sich im Landrechte nicht. Vgl. übrigens Pfeiffer im Rechtslexikon Bd. 6 S. 493 ff.

Digitized by Google

bestanden haben, dem Lehnsbesitzer, abgesehen von jener Summe, Verfügungsrechte am Lehen einzuräumen. Welche Rechte? ist Interpretationsfrage. Die Meinung kann gewesen sein, daß der Lehnsstamm fortan Surrogat des Lehnguts werde, welches von der Lehnshaftung befreit werden soll, oder daß der Lehnsbesitzer das Lehn unter Vorbehalt des Lehnsstamms veräußern dürfe. Das Landrecht stellt die Vermuthung auf, daß der Besitzer durch einen solchen Akt nur die Befugniß erhalten habe, das Lehn vorbehaltlich des Lehnsstammes zu verschulden.[7] Macht der Besitzer von dieser Befugniß keinen Gebrauch, so kann dieselbe durch die Allodialerben nicht nachträglich ausgeübt werden.

3. Das Lehen verliert endlich die Lehnseigenschaft nach den für die einzelnen Provinzen successive ergangnen Lehnsauflösungsgesetzen,[8] falls der Besitzer in bestimmten Zeitpunkten lehnsfähige Descendenz hat, so daß die Aussicht andrer Anwärter auf Succession präsumtiv nur als eine entfernte erscheint.

Das Lehn erlischt hiernach, wenn der Besitzer bei Ablauf der den Lehnsanwärtern vom Gesetze zur Meldung gesetzten Frist lehnsfähige Descendenz hat, oder solche bis zum 302. Tage von deren Ablauf an gewinnt oder sie später gewinnt und von ihr überlebt wird, ferner in Ermanglung dessen, wenn ein später eintretender Lehnsfolger beim Anfall des Lehens solche Descendenz hat, oder später gewinnt und von ihr überlebt wird. An Stelle der Lehnseigenschaft tritt zu Gunsten der Anwärter eine Abfindung,[9] falls der Lehnsbesitzer nicht binnen gesetzlicher Frist in bindender Weise die Umwandlung des Lehnguts in ein Fideikommiß zu Gunsten der Anwärter beim Lehnshof erklärt, so daß er selber in die Stelle des ersten Fideikommißbesitzers tritt. Die Umwandlung des Lehens in Fideikommiß ist erleichtert, insbesondre sind die Stempelgebühren zu der Fideikommißurkunde, soweit das Fideikommiß aus Lehngütern oder Lehnkapitalien errichtet wird, ermäßigt.

---

7) L. R. I, 18 §. 605 ff.

8) Es gehören hierher vorzugsweise folgende Gesetze: Das Gesetz vom 4. März 1867 und Gesetz vom 27. Juni 1875 für Pommern — vgl. v. Wilmowski Beiträge zum Pommerschen Lehnrecht, Berlin 1870 —, vom 23. Juli 1875 für die Kur-, Alt- und Neumark, vom 3. Mai 1876 für Westphalen und die zugehörigen Kreise der Rheinprovinz, vom 19. Juni 1876 für Schlesien, die Grafschaft Glatz, die Oberlausitz, vom 16. März 1877 für Ostpreußen, vom 28. März 1877 für die Provinzen Sachsen und Brandenburg, abgesehen von den Marken. Die Details, welche provinciell abweichen, sind hier nicht weiter zu verfolgen.

9) Diese Abfindung hat dingliche Natur, so daß sie auf dem Lehngut selbst lastet und auch dritte Erwerber derselben — vorausgesetzt, daß die Lehnseigenschaft eingetragen ist — verbindet. Die Gründe dieser Auffassung sind die oben §. 187 unter 2 entwickelten. So auch Entsch. des O. Trib. Bd. 81 S. 105 ff.

Digitized by Google

II. Das Familienfideikommiß.[1]

§. 374. Einleitung.

Dem deutschen Rechte war das Bestreben eigenthümlich, die Erhaltung des Grundeigenthums in derselben Familie nicht bloß der eigenen Gesinnung der Glieder derselben zu überlassen, sondern durch rechtlichen Zwang zu sichern. Insbesondere stellte der Sachsenspiegel[2] den Satz auf, daß die Grundeigenthümer, von Fällen ächter Noth abgesehen, zur Veräußerung ihrer Grundstücke der Zustimmung des nächsten Erben bedürften, wodurch in Verbindung mit der Unzulässigkeit letztwilliger Verfügungen nach älterem deutschen Rechte das Grundstück der Regel nach der Familie gesichert war. Eine solche allgemeine Gebundenheit des Grundbesitzes wurde mit dem Ausgange des Mittelalters unhaltbar, dagegen versuchten einzelne, insbesondere adelige Grundbesitzer durch Akte der Autonomie ihre Besitzungen an ihre Familien zu fesseln. Unter freier Benutzung des römischen Familienfideikommisses schuf man zu diesem Zwecke das deutsche Institut gleichen Namens. Dasselbe wird durch zwei Momente charakterisirt, einmal durch das Ausschließen jeder Veräußerung des Fideikommißgutes, dann durch die Succession ex pacto et providentia majorum, Rechtsgedanken, die auch beim Lehen aufgetaucht waren, die man aber beim Fideikommiß schärfer und principieller durchführte.

Die volkswirthschaftliche Entwickelung der neueren Zeit ist den Familienfideikommissen wenig günstig.[3] Denn die Bewirthschaftung der Grundstücke erheischt jetzt in einem gesteigerten Maße flüssige Betriebsmittel, welche das Fideikommiß dem Fideikommißfolger nicht gewähren kann. Den hieraus sich ergebenden Mißständen suchten Specialgesetze, insbesondere das Gesetz vom 15. Februar 1840, zu steuern, durch welche man dem Institute eine etwas größere Elasticität gab. Weiter ging die Bewegungszeit des Jahres 1848. Die Verfassungsurkunde[4] untersagte die Errichtung von Familienfideikommissen für die Zukunft und stellte die Umwandlung der bestehenden

---

1) Die Lehre des Familienfideikommisses begründete Knipschildt de fideicommissis familiarum nobilium 1626 ed. 2. 1654. Vgl. ferner Lewis das Recht des Familienfideikommisses, Berlin 1862.

2) Sachsenspiegel I, 52 §. 1.

3) Die französische Gesetzgebung hatte in den Landestheilen, welche der Fremdherrschaft unterworfen waren, die Familienfideikommisse theils aufgehoben, theils der Aufhebung entgegengeführt. Die preußische Gesetzgebung hat jedoch die Fideikommisse, soweit nicht in der Zwischenzeit erworbene Rechte entgegenstanden, wieder retablirt.

4) Schon die oktroyirte Verfassungsurkunde vom December 1848 Art. 38, dann die vereinbarte vom 31. Januar 1850 Art. 40.

Digitized by Google

in freies Eigenthum durch Gesetz in Aussicht. Beide Bestimmungen der Verfassungsurkunde hat indessen das Gesetz vom 5. Juni 1852 wieder aufgehoben.

Die juristische Konstruktion der Familienfideikommisse ist seit Alters streitig. Frühere Juristen stritten darüber, ob der Fideikommißbesitzer als bloßer Nießbraucher oder als Eigenthümer anzusehen sei.[5] In der Mitte des vorigen Jahrhunderts nahm man aber den Gedanken des getheilten Eigenthums zu Hülfe[6] und schrieb dem Fideikommißinhaber das nutzbare, der gesammten Familie, die man als besondere juristische Person auffaßte, das Obereigenthum zu. Diese Konstruktion wurde vom allgemeinen Landrechte wie von andern Kodifikationen adoptirt, welche in dem Ideenkreise des vorigen Jahrhunderts wurzeln.[7]

Ohne uns hieran zu binden, betrachten wir den Fideikommißinhaber eines Grundstücks als Eigenthümer, die Fideikommißanwärter als an fremder Sache Berechtigte. Dies entspricht dem Charakter des Instituts.[8] In dieser Weise behandelt auch unser Grundbuchrecht die Sache, indem es den Fideikommißinhaber auf das Eigenthumsblatt, die Anwärter in die zweite Abtheilung des Grundbuchblattes unter die dinglichen Rechte an fremder Sache verweist.[9]

Die Rechte der Fideikommißanwärter sind selbständige, ihnen für ihre Person zuständige. Allein sie haben dieselben doch nur als Glieder der Familie zum Zweck der Erhaltung derselben in ihrer socialen und staatlichen Stellung. Daher sind jene Rechte bei uns modificirbar durch die Dispositionen der Familie, welche hierbei als eine Art von juristischer Person angesehen wird.[10]

Mit dem Familienfideikommiß verwandt ist die Familienstiftung.[11] Die wesentlichste Verschiedenheit liegt darin, daß der jeweilige Percipient der Nutzungen der Familienstiftung kein dingliches Recht, sondern höchstens obligatorische Ansprüche auf den Fortbezug derselben hat. Als Eigenthümer des Stiftungsvermögens ist daher die juristische Person der Stiftung anzusehen.

---

5) Vgl. Knipschildt de fideicommissis familiae X n. 11, Lewis S. 180 ff.

6) Hellfeld de fideicommissis familiarum p. 54.

7) L. R. II, 4 §§. 72. 73. Vgl. Cod. Max. bav. III cap. 10 §. 13 n. 1. Kreittmayer hierzu. Oestr. a. b. G. §. 629.

8) Vgl. Gerber P. R. §. 84 Anm. 11, Beseler d. P. R. §. 176 unter V.

9) G. B. O. §. 52. Die Eintragung erfolgt auf Grund einer Bescheinigung der Fideikommißbehörde.

10) L. R. II, 4 §. 73.

11) L. R. II, 4 §. 21 ff.

Digitized by Google

§. 375. Die Errichtung des Familienfideikommisses.

Zur Errichtung eines Familienfideikommisses ist bei uns, wie nach gemeinem Rechte ein Jeder, auch der Nichtadlige, befugt.[1] Erfordert ist daher nur Handlungs- und Dispositionsfähigkeit des Stifters.[2] Die Fideikommißstiftung kann zu Gunsten der eignen, aber auch einer fremden, einer nichtadeligen, wie adligen Familie geschehen.

Geeignete Fideikommißobjekte sind nach dem Landrechte nur dem Ackerbau und der Viehzucht gewidmete Grundstücke,[3] — also nicht Häuser, Waldungen, — außerdem Geldkapitalien.[4] Auch ist ein bestimmter Minimalertrag des Grundstücks erfordert, nämlich nach Abzug der Schulden und Lasten mindestens durchschnittlich 7500 Mark für das Jahr. Doch kann das Minus durch ein Geldkapital ergänzt werden.[5] Ein Geldfideikommiß muß mindestens in 30,000 Mark Kapital bestehen. Die Hälfte des gesetzlichen Minimaleinkommens muß der freien Verfügung des Fideikommißinhabers überlassen sein.

Als Pertinenzen können dem Fideikommiß Objekte anderer Art zugeschlagen sein.[6] Ob solche Pertinenzen unveräußerlich sind, oder ob der Fideikommißfolger nur ein Recht auf Stücke gleicher Art hat, ergiebt deren wirthschaftliche Bestimmung und die hieraus zu präsumirende Absicht des Stifters.[7] Was dem Verkaufe bestimmt ist oder sich nicht dauernd zu erhalten pflegt, ist also in Stücken gleicher Art zurückzugewähren.

Die Errichtung des Fideikommisses kann durch Vertrag geschehen und bedarf dann der Acceptation des Begünstigten. Es genügt aber auch eine einseitige Erklärung des Stifters unter Lebenden oder von Todeswegen, welche letztere die Formen letztwilliger Verfügungen an sich tragen muß.[8]

---

1) L. R. II, 4 §. 47. Die Bestimmung von L. R. II, 9 §. 40 ist in Folge des Edikts vom 9. Oktober 1807 §. 1 hinweggefallen.

2) Einen Unterschied kann es machen, ob es sich um eine letztwillige Disposition handelt, die z. B. ein Minderjähriger ohne vormundschaftliche Genehmigung errichten kann, oder um eine unter Lebenden getroffene Fideikommißerrichtung, die selbst durch Genehmigung des Vormundes keine Geltung erlangen kann. Dernburg Vormundschaftsrecht §. 67 unter 1. Bei der Umwandlung der Lehne ruht daher während der Minderjährigkeit des Lehnsbesitzers das Wahlrecht.

3) L. R. II, 4 §. 48. L. R. II, 4 §. 50 ist antiquirt.

4) L. R. II, 4 §. 59.

5) L. R. II, 4 §. 51 ff. Bei der Verwandlung der Lehne nach den Lehnsauflösungsgesetzen genügen 6000 Mark.

6) L. R. II, 4 §. 61.

7) Eine Bibliothek, eine Gemäldesammlung, die dem Fideikommißgute zugeschlagen ist, wird unveräußerlich sein, nicht so das landwirthschaftliche Inventar des Grundstücks. Vgl. übrigens Lewis S. 206.

8) L. R. II, 4 §. 28. Geschah die Fideikommißstiftung von Todeswegen, so vollendet sie sich regelmäßig erst mit dem Tode des Stifters und ist bis dahin widerruflich.

Digitized by Google

Außerdem bedarf die Urkunde über die Errichtung der Verlautbarung und Bestätigung durch das Fideikommißgericht, jetzt das Appellationsgericht, inskünftige das Oberlandesgericht der belegenen Sache.[9] Dieselbe erfolgt nach vorgängiger Prüfung der Rechtsbeständigkeit des Fideikommisses und seiner Bestimmungen und nach Entfernung etwaiger Unklarheiten. Das Gesuch der Verlautbarung ist durch den Stifter, nach dessen Tode durch diejenigen Personen, welche den Willen des Testators auszuführen haben, oder auch durch den Familienvorsteher zu stellen.[10] Anstatt der richterlichen Bestätigung wird bei Fideikommissen mit einem Reinertrage von mehr als 30,000 Mark königliche Genehmigung erfordert.[11]

Bestätigung und Genehmigung bekräftigen den Stiftungsakt von seiner Errichtung an — ex tunc.[12]

§. 376. Die Fideikommißbehörde, die Familienvertretung.

Die Familienfideikommisse haben nicht bloß eine privatrechtliche, sondern auch eine politische Bedeutung, da sie zur Erhaltung des grundbesitzenden Adels beitragen; daher läßt ihnen der Staat eine besondere Fürsorge angedeihen.

Hieraus erklärt sich, daß das Appellationsgericht, inskünftige das Oberlandesgericht, der belegenen Sache als Fideikommißbehörde zu ihrem Schutze berufen ist. Dieses Gericht hat für die Eintragung der Fideikommißeigenschaft im Grundbuche von Amtswegen Sorge zu tragen,[1] worauf es den einzelnen Anwärtern freisteht, in ihrem Interesse ihre Eintragung selbst zu erwirken.[2] Die Behörde sorgt ferner nach Errichtung des Fideikommisses für die Aufnahme eines Verzeichnisses der Pertinenzen und Beilaßstücke unter Zuziehung des Fideikommißinhabers.[3] Ihr liegt Mitwirkung und Bestätigung

---

9) L. R. II, 4 §. 62 ff. A. G. O. II, 1 §. 6. Gesetz vom 5. März 1855 §§. 1. 3.

10) L. R. II, 4 §. 30. Vgl. Striethorst Bd. 52 S. 355 ff.

11) L. R. II, 4 §. 56 ff. Königliche Genehmigung ist auch dann erfordert, wenn ein bereits bestehendes Fideikommiß durch eine Nachstiftung auf einen jährlichen Reinertrag über Dreißigtausend Mark gebracht werden soll. Bei Umwandlung der Lehne wird sie nicht verlangt.

12) Die Sache ist zweifelhaft. Für unsere Auffassung spricht aber L. R. II, 4 §. 32. „So lange die Stiftungsurkunde nicht gerichtlich verlautbart ist, soll keine Klage daraus angenommen werden." Denn es ergiebt sich hieraus, daß der Gesetzgeber vorher das Fideikommiß an sich für existent und nur für wirkungslos erachtet. In ähnlicher Weise wirkt auch die Genehmigung von Zuwendungen an juristische Personen nach dem Gesetze vom 23. Februar 1870 §. 3 ex tunc.

1) G. B. O. §. 74. Auch bei der Löschung hat es mitzuwirken, G. B. O. §. 99.

2) L. R. II, 4 §. 65.

3) L. R. II, 4 §. 71. Die Bestimmung ist eine absolute, verpflichtende, der Stifter kann daher die Inventarisirung nicht durch Verbot ausschließen. Das Gericht

Digitized by Google

bei den Familienschlüssen ob,[4] sie hat endlich im Bedürfnißfalle für die unbekannten Anwärter einen Pfleger zu bestellen.[5]

Eine Einwirkung auf das Fideikommiß hat, wie bereits bemerkt, die Familie als solche. Dieselbe ist vorzugsweise eine die Starrheit des Instituts mäßigende, der Anpassung an die Bedürfnisse der Gegenwart bestimmt.

1. Unbeschränkte Macht über das Fideikommiß hat der Familienschluß.[6] Derselbe kann die Stiftung selbst und deren wesentliche Bestimmungen aufheben, demnach dieselben auch abändern, ergänzen und erklären, insbesondere Veräußerungen und Belastungen jeder Art mit unanfechtbarer Kraft bekleiden.

Der Beschluß muß einstimmig Seitens aller erscheinenden Familienglieder gefaßt sein nach vorgängiger gehöriger Ladung aller Berechtigten. Hierbei werden aber nicht nur die im Grundbuche Eingetragenen und die von diesen Anerkannten berücksichtigt, vielmehr bedarf es der ediktalen Ladung und der Ausschließung unbekannter Interessenten, wenn Vermuthungen für deren Existenz bestehen. Berechtigte, welche sich nach gehöriger Ladung und Zustellung des Entwurfs des Familienschlusses nicht erklären, gelten als zustimmend. Werden innerhalb der Zeit von 302 Tagen, nachdem ein Betheiligter seine Erklärung abgab, demselben Nachkömmlinge geboren, die eine Anwartschaft auf das Fideikommiß haben, so ist die Geltung des Familienschlusses von der Zustimmung des dem Nachkömmlinge zu gebenden Vormundes abhängig. Nothwendig ist Aufnahme, Bestätigung und Ausfertigung Seitens der Fideikommißbehörde.[7]

2. Zu gewissen Verfügungen über das Fideikommiß genügt die Zustimmung zweier Anwärter, welche die Familie vertreten. Es sind dies der Regel nach die zwei nächsten Seitenverwandten; wenn aber die berufene Familie aus mehreren Linien besteht, der nächste Anwärter aus der besitzen-

---

muß die Anwärter nicht zuziehen; die bekannten Anwärter monitorisch zu laden, wird aber zweckmäßig sein. Das Inventar ist bei den Grundakten aufzubewahren.

4) Gesetz vom 15. Februar 1840 §. 2.

5) Die Gesetze erwähnen nur zwei besondere Fälle solcher Kuratelbestellung. Der eine findet sich bei Aufnahme eines nothwendigen Darlehns, wenn die Anwärter, deren Zustimmung erforderlich wäre, unbekannt sind, L. R. II, 4 §. 95; der andere Fall ist dann gegeben, wenn bei der Auseinandersetzung von Fideikommiß und Allod die Legitimation der Prätendenten des Fideikommisses zweifelhaft ist. A. G. O. I, 46 §. 30 Abs. 1. Das Obertribunal läßt die Bestellung von Kuratoren für die unbekannten Fideikommißanwärter allgemein zu, Entsch. Bd. 45 S. 233 ff. Vgl. L. R. II, 18 §. 49. In das Gebiet der Familienschlüsse wird damit nicht eingegriffen, wie Koch zu L. R. II, 4 §. 95, Förster Bd. 3 §. 242 Anm. 32 vermeinen. Die Klausel der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 §. 90 dürfte die Frage in unserm Sinne erledigen.

6) Dies seit dem Edikt vom 9. Oktober 1807 §. 9.

7) Gesetz vom 15. Februar 1840 §. 1.

Digitized by Google

den und der nächste aus der ihr nächsten Linie.[8] Insbesondere sind die Anwärter zuzuziehen a) bei Aufnahme nothwendiger Schulden, Ausleihung und Einziehung von Fideikommißkapitalien, b) beim Umtausch einzelner Gutsbestandtheile und bei Veräußerungen zum Zwecke der Einverleibung anderer.

Der Anwärter, welcher über Vorschläge des Fideikommißinhabers, die seinen Konsens erfordern, keine oder keine bestimmte Erklärung abgiebt, ist zu deren Abgabe unter dem Präjudize vorzuladen, daß er im Falle der nicht gehörigen Erklärung als zustimmend anzusehen ist. Widerspricht er, so entscheidet über die Zweckmäßigkeit der proponirten Maßregel in den unter a) genannten Fällen ein Schiedsgericht.[9] Das Verfahren leitet die Fideikommißbehörde.

§. 377. Rechtsstellung des Fideikommißinhabers.

Der Fideikommißinhaber hat nicht bloß diejenigen Rechte, welche ihm die besonderen Klauseln der Stiftungsurkunde zugestehen, er ist vielmehr als Eigenthümer zu Allem berechtigt, worin ihm nicht die Rechte der Anwärter entgegenstehen.[1] Ihm gebührt daher unter Anderm die auf den Grundeigenthümer entfallende Hälfte des im Fideikommißgrundstücke gefundenen Schatzes;[2] er übt die an das Gut geknüpften Ehrenrechte, z. B. das Patronat.[3] Der Fideikommißinhaber ist ferner zu allen Klagen aktiv und passiv legitimirt, welche die Substanz des Grundstücks betreffen.[4] Damit jedoch die Fideikommißfolger an das rechtskräftige Erkenntniß gebunden seien, bedarf es, was beim Lehen nicht erfordert ist, der Zuziehung der nächsten die Familie vertretenden zwei Anwärter.[5] Deren Zustimmung ist auch zu einem Vergleich nöthig, welcher die Familie binden soll.[6] [7]

---

8) L. R. II, 4 §. 87 ff. Sind keine Anwärter außer den Kindern des Fideikommißbesitzers vorhanden, so sind diese zuzuziehn. Ist nur ein Anwärter vorhanden, so genügt dessen Zustimmung.

9) Vgl. Gesetz vom 15. Februar 1840 §. 15 ff.

1) L. R. II, 4 §. 74.

2) L. R. I, 9 §. 95. Auch ältere Schriftsteller nahmen dies an, z. B. Knipschildt X n. 26 ff. Vgl. Lewis a. a. O. S. 193.

3) Lewis S. 198.

4) A. G. O. I, 1 §. 30. Striethorst Archiv Bd. 26 S. 75 ff.

5) Vgl. L. R. II, 4 §. 117 ff.

6) L. R. II, 4 §. 119. So auch ältere Juristen, zum Theil mit Beziehung auf II feud. 26 §. 23. Eines Familienschlusses bedarf es also zur Geltung des Vergleichs nicht.

7) Daß der Fideikommißbesitzer den Anwärtern für Verschuldung hafte, spricht das Landrecht nicht besonders aus. Gemeinrechtliche Schriftsteller nehmen dies an. Vgl. Lewis S. 209.

Digitized by Google

Geldfideikommisse werden nach Analogie eines Nießbrauchs an Kapitalien behandelt. Der Fideikommißinhaber hat nur ein Recht auf die Zinsen. Eine Verfügung über das Kapital steht ihm nicht zu. Ist dessen anderweite Belegung nothwendig, so geschieht die Einziehung und Belegung unter Zuziehung der zwei Anwärter und unter gerichtlicher Aufsicht. Der Schuldner kann, wenn er die Eigenschaft des Fideikommißkapitals kennt oder kennen muß, nur in das gerichtliche Depositorium oder auf richterlichen Befehl zahlen. Andere Verwendungen des Geldfideikommisses als Neubelegungen fordern einen Familienschluß. [8]

§. 378. Veräußerung des Fideikommisses, Verschuldung.

1. Dem Fideikommißinhaber fehlt das Recht zur Veräußerung des Fideikommißgrundstückes. Er ist daher, wenn die Fideikommißeigenschaft eingetragen ist, nicht im Stande, eine Auflassung des Grundstücks oder eines Theils desselben vorzunehmen, so lange er nicht durch einen Familienschluß oder in geeigneten Fällen durch die Zuziehung der Anwärter oder bei Bestandtheilen geringeren Werthes durch die Auseinandersetzungsbehörde legitimirt ist. Das Gleiche gilt von allen anderen Eintragungen, welche die Substanz belasten; [1] der Fideikommißinhaber kann nur über die Revenüen des Fideikommisses für die Dauer seines Besitzes verfügen, insbesondere dieselben verhypotheciren. [2] Hätte der Fideikommißinhaber das Fideikommißgut einem Dritten verkauft und übergeben, so stünde diesem eine Einrede gegen die etwaige Vindikation seines Autors zu, gegen dessen Successoren ist er nicht geschützt.

Die Nachfolger in das Fideikommiß haben mit dem Anfalle eine Revokationsklage, welche im Grunde als Eigenthumsklage anzusehen ist und zwar, ohne daß der Besitzer Ersatz des bona fide für den Erwerb Geleisteten for-

---

8) L. R. II, 4 §. 126 ff. Gesetz vom 15. Februar 1840 §. 15 unter 5.

1) Das Edikt vom 9. Oktober 1807 §. 5 bestimmte, daß es den Lehns- und Fideikommißbesitzern freistehen sollte, ohne Einwilligung der Lehns- und Fideikommißfolger Pertinenzen und Vorwerksland zu vererbpachten, wenn nur das Erbstandsgeld in das Lehn oder Fideikommiß verwendet werde. Fraglich war die Tragweite dieser Bestimmung, insbesondere ob hiernach Objekte jeder Art, oder ob nur landwirthschaftliche Grundstücke und solche, die zu dem Hauptgute ursprünglich nicht gehörten, vererbpachtet werden konnten. Das Letztere ist das Richtige, so daß z. B. Waldungen, die von jeher zur Substanz gehörten, nicht durch die singuläre Bestimmung des Edikts getroffen wurden. Die Vorschrift des Edikts wurde suspendirt durch die Kabinetsordre vom 28. Juli 1842 und gegenstandslos, nachdem die Erbverpachtung durch das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 unzulässig wurde; sie hat also nur noch historische Wichtigkeit.

2) Nach dem Tode des Fideikommißbesitzers kann die Lösung auf Grund der G. B. O. §. 102 erfolgen, vgl. oben §. 276 Anm. 4 und 5. Andere Ansicht bei Johow Bd. 6 S. 198.

Digitized by Google

dern kann.[3] Auch die Descendenten des Veräußerers haben diese Klage unbedingt.[4] Die Revokationsklage steht den Fideikommißfolgern auch zu, wenn sie Allodialerben ihres Rechtsvorfahrs geworden sind.[5]

Die Fideikommißqualität hindert nur freiwillige Veräußerungen, nicht Expropriationen oder Veränderungen, welche die Folge von Gemeinheitstheilungen und Ablösungen sind.[6] Auch erwirbt im Falle der Nichteintragung der Fideikommißeigenschaft der redliche Dritte in Gemäßheit des Glaubens des Grundbuchs das Eigenthum frei von der Beschränkung des Fideikommisses, wenn ihm das Fideikommißgrundstück aufgelassen wird.[7] Eingetragene dingliche Rechte werden unter gleicher Voraussetzung unanfechtbar.

Bestritten ist die Zulassung einer Ersitzung am Fideikommißgute wie am Lehen. Schlechthin ist sie ausgeschlossen, wenn sie im Widerspruche mit der Eintragung der Fideikommißeigenschaft im Grundbuche steht. Ein solcher Widerspruch liegt aber nicht in der Geltendmachung von Grundgerechtigkeiten am Fideikommißgute. Besonders zweifelhaft ist ferner, ob die Verjährung, welche gegen den Fideikommißbesitzer begann und sich vollendete, die Anwärter bindet, welche später zur Succession gelangen? Die Konsequenz des preußischen Rechts spricht hiergegen, da die Klagrechte der Anwärter erst mit der Succession entstehen. Die Praxis sucht sich der harten Konsequenz möglichst zu entziehen.[8]

2. An sich ist auch der Fideikommißinhaber nicht befugt, das Fideikommiß mit Schulden zu belasten.[9] Das Fideikommiß kann daher nur in folgenden Fällen wegen Schulden in Anspruch genommen werden.

a) Die Substanz ist haftbar für Schulden, die vom Stifter herrühren. Dies gilt namentlich von solchen, die zur Zeit der Stiftung bestanden und

---

3) L. R. II, 4 §. 79. Eine restitutio in integrum, die Manche unterstellen, hat kein gesetzliches Fundament.

4) Ueber die Verhältnisse beim Lehen siehe oben §. 370.

5) Gemeinrechtlich ist die Frage sehr bestritten, ob die Allodialerben des veräußernden Vorbesitzers dessen Veräußerungen von Fideikommißgut anfechten dürfen. Vgl. Lewis S. 254 ff. Die herrschende Meinung geht davon aus, daß der Allodialerbe auch solche Rechtsakte des Erblassers vertreten müsse. Anders das Landrecht II, 4 §. 79. Vgl. Suarez in der Anm. zum §. 119 Th. I Abth. 1 S. 279 des gedruckten Entwurfs des Gesetzbuchs.

6) Vgl. oben §. 34 Anm. 34. Auch G. B. O. §. 71 gehört hierher.

7) Vgl. oben §. 275 Anm. 17.

8) L. R. II, 4 §. 122. Rathmann bei Gruchot Bd. 14 S. 71 ff. Entsch. des O. Trib. Bd. 62 S. 44, vgl. auch Bd. 74 S. 228.

9) Vgl. Gerber zur Lehre von den Lehns- und Fideikommißschulden, Linde's Zeitschrift n. F. Bd. 11 S. 183 ff.

Digitized by Google

aus dem übrigen Vermögen des Stifters nicht tilgbar sind,[10] ferner von denjenigen, die der Stifter dem Fideikommiß bei dessen Errichtung auflegte. Wegen solcher Schulden ist die Subhastation des Grundstücks möglich.[11]

b) Der Fideikommißbesitzer kann die Einkünfte des Fideikommisses über seine Besitzzeit hinaus mit Schulden beschweren, wenn dieselben zu nothwendigen Verwendungen erfordert sind. Es bedarf hierzu der Zustimmung der zwei nächsten Anwärter.

Bei Aufnahme eines neuen Darlehns sind Termine für die Rückzahlung festzusetzen, zu welcher der vierte Theil des jährlichen Reinertrags des Fideikommisses zu verwenden ist. Die Regulirung des Geschäfts geschieht unter Mitwirkung der Fideikommißbehörde.[12]

§. 379. Die Succession in das Fideikommiß.

Die Succession in das Fideikommißgut erfolgt mit dem Wegfall des bisherigen Fideikommißbesitzers auf Grund des Willens des Stifters.[1] Mit diesem Augenblicke werden auch die Fideikommißschulden für den Rechtsnachfolger verbindlich, jedoch haftet er nur mit dem Fideikommiß, so daß es des Vorbehalts der Wohlthat des Inventars nicht bedarf. Ob der Fideikommißfolger auch zur Allodialerbschaft seines Vorfahrs berufen ist, ob er diese ausgeschlagen hat, kommt für das Fideikommiß nicht in Betracht.[2]

Die Trennung des Fideikommisses und des Allodialvermögens geschieht im Ganzen nach denselben Grundsätzen wie die Lehnssonderung.[3]

Ueber die Successionsfähigkeit entscheidet der besondere Inhalt der Stiftung. Doch folgt aus dem Begriffe des Familienfideikommisses, daß nur

---

10) L. R. II, 4 §. 104. Schulden, welche der Fideikommißstifter nach der Fideikommißstiftung machte, lasten auf dem Fideikommiß auch dann nicht, wenn der Stifter überschuldet ist. Denn es haben nun die Fideikommißfolger Rechte erworben, die ihnen der Stifter weder direkt noch mittelbar entziehen kann.

11) Der Fideikommißbesitzer tritt durch die Abzahlung des Substanzgläubigers an dessen Stelle. L. R. II, 4 §. 106. I, 18 §. 592 ff.

12) L. R. II, 4 §. 80 ff. War Gefahr im Verzuge und hat der Fideikommißbesitzer aus seinen Mitteln die Verwendung gemacht, zugleich aber den Konsens zur Aufnahme eines Darlehens nachgesucht, so muß der Nachfolger das Darlehen anerkennen. L. R. II, 4 §. 220.

1) Knipschildt l. c. VIII n. 18: „haec bona jure singulari et ex dispositione primi instituentis ad successores pertinent." Lewis S. 323.

2) Die Frage, wer der nächste Fideikommißnachfolger sei, bemißt sich nach dem Augenblicke des Todes des letzten Vorfahrs oder seines sonstigen Wegfalls, L. R. II, 4 §. 203. Die nascituri, d. h. innerhalb der Zeit von 302 Tagen Geborenen vom Tode des Vormannes an gerechnet werden jedoch berücksichtigt wie bereits Geborene.

3) Vgl. oben §. 372.

Digitized by Google

Angehörige der Familie succediren können,[4] auch sind der Regel nach nur Männer successionsfähig.[5] Verlust der bürgerlichen Ehre ist an und für sich kein Ausschließungsgrund.

Auch die Feststellung der Successionsordnung in das Fideikommiß ist Sache des Stifters.[6] In früherer Zeit waren die Seniorate besonders häufig, bei denen der Aelteste der zum Fideikommiß berufenen Familie ohne Rücksicht auf die Linie und die Nähe des Grades zur Nachfolge gelangt. Indessen ist gerade diese Form der Bewirthschaftung des Fideikommißgutes unzuträglich, da nach derselben der Besitzer das Fideikommiß regelmäßig nur kurze Zeit genießt und ihm bei der Aussicht, daß das Gut auf den ältesten Familiengenossen übergehen wird, welcher ihm leicht fern stehen kann, der Sporn zu Verbesserungen fehlt. Daher untersagt das Landrecht für die nach seinem Inkrafttreten an Grundstücken errichteten Familienfideikommisse die Seniorate.[7]

Weniger bedenklich ist das Majorat, bei welchem in erster Linie die Nähe des Grades der Verwandtschaft mit dem Vorbesitzer in Betracht kommt und nur unter gleich nahen Verwandten das Alter entscheidet.[8] Auch das Minorat kommt vor, bei welchem unter den gleich nahen Verwandten der Jüngere den Vorzug hat.[9] Am entsprechendsten dem Geiste des Instituts ist die Primogenitur, bei welcher die Linie des Erstgeborenen und in dieser Linie stets wieder der Erstgeborene berufen wird.[10]

Ist ein besonderes Fideikommiß für die jüngere Linie gestiftet — Sekundogenitur —, so geht dasselbe nach deren Erlöschen auf die nächstjüngere über,[11] da die Absicht des Stifters bei der Sekundogenitur Erhaltung mehrerer Linien in standesgemäßem Glanze war. Devolvirt das Hauptfideikommiß nach Aussterben der ersten Linie an die bisher zweite, so steht

---

4) Dahin gehören Adoptirte und per rescriptum principis Legitimirte bei uns nicht. L. R. II, 2 §. 603.

5) L. R. II, 4 §. 189. Sind nach dem Aussterben des Mannsstammes Weiber berufen, so folgt auch hier regelmäßig die Erbtochter und deren männliche Descendenz, nicht die sogenannte Regredienterbin. L. R. II, 4 §. 191. Vgl. oben §. 368 Anm. 15.

6) Fehlt es an einer Successionsordnung, so tritt die gemeinrechtliche Folge ein, vgl. Striethorst Archiv Bd. 90 S. 1 ff. A. Ansicht Förster Bd. 3 §. 242 S. 711, welcher ein Fideikommiß ohne besondre Successionsordnung für nichtig hält.

7) L. R. II, 4 §. 140. Ueber den älteren Brauch siehe Lewis a. a. O. S. 367.

8) L. R. II, 4 §. 145.

9) L. R. II, 4 §. 146.

10) L. R. II, 4 §§. 147. 153. Gemeinrechtliche Schriftsteller nehmen eine Präsumtion zu Gunsten dieser Successionsart an, weil dieselbe die dem Familienfideikommiß gemäßeste ist.

11) L. R. II, 4 §. 166.

Digitized by Google

dem Besitzer die Wahl offen, welches der Fideikommisse er behalten will.[12] Ist eine nächstjüngere Linie nicht vorhanden, so bleiben beide Fideikommisse so lange in einer Hand, bis wieder eine jüngere Linie entsteht.

III. Das dingliche Vorkaufsrecht.

§. 380. Das Recht als solches.[1]

Das dingliche Vorkaufsrecht, wie es das Landrecht entwickelte, weicht wesentlich ab von dem römischen Vorkaufsrechte, welches bloß persönliche Ansprüche gegen den Mitkontrahenten gab.[2] Den bestimmenden Einfluß hat das deutschrechtliche Näherrecht geübt.[3] Wie dieses gewährt es einen Anspruch auf Ueberlassung des Eigenthums, welcher, wenn der Fall einmal eingetreten ist, jedem Eigenthümer der Sache gegenüber geltend gemacht werden kann. Den Vollzug der Auflassung durch den dem Vorkauf unterworfenen Eigenthümer an den Käufer hindert es dagegen nicht.

Das Vorkaufsrecht gründet sich, wie das alte Näherrecht, theils auf Gesetz, theils auf Vereinbarung.

1) Im älteren deutschen Rechte spielten die gesetzlichen Näherrechte eine erhebliche Rolle. Sie entsprangen aus einem Konflikte des der deutschen Auffassung vorschwebenden Ideals mit der Wirklichkeit. Dem Ideal des Rechts hätte es entsprochen, daß gewisse Grundstücke bestimmten Personen um ihrer Stellung in der Familie, der Gemeinde oder ihres übrigen Grundbesitzes willen zugehörten. Da sich dies praktisch nicht festhalten ließ, so gab man jenen Näherberechtigten wenigstens ein Eintrittsrecht im Falle eines Verkaufs solcher Grundstücke.[4]

Die hieraus sich entwickelnden gesetzlichen Vorkaufsrechte des Landrechts erschienen jedoch der modernen Entwickelung als ein Hinderniß des freien Verkehrs und als gemeinschädlich. Sie wurden daher durch die neuere Gesetzgebung aufgehoben, ausgenommen wenige Fälle.[5,6] Ein gesetzliches Vorkaufs-

---

12) L. R. II, 4 §. 178. Ueber mehrere Fideikommisse für dieselbe Familie, die von verschiedenen Stiftern herrühren, vgl. L. R. II, 4 §. 179 ff. Lewis S. 390 ff.

1) Walch das Näherrecht 3. Aufl. 1795, Renaud zur Lehre vom Näherrecht, Zeitschr. für deutsches Recht Bd. 8 S. 240 ff. Beseler d. P. R. §. 106 ff. Laband vermögensrechtliche Klagen S. 259 ff.

2) cfr. l. 75 D. de c. e. 18, 1.

3) Daher wird es auch vom Landrechte im zwanzigsten Titel des ersten Theils §§. 568—657 behandelt.

4) Es gehörte hierher die Erblosung, der Lehnsretrakt, der gutsherrliche Retrakt, die Nachbarlosung — L. R. I, 20 §. 650 ff. — das Näherrecht aus dem Miteigenthum u. s. f.

5) Schon das Edikt vom 9. October 1807 hob eine große Anzahl gesetzlicher Vorkaufsrechte auf, insbesondere auch das auf Familiengüter und erhielt an Immo-

Digitized by Google

recht haben noch Miteigenthümer, welchen eine Sache nach ideellen Antheilen zusammen gehört,[7] ferner der Expropriirte, wenn enteignete Theile seines Grundstücks veräußert werden, nachdem sie aufgehört haben, den Zwecken der Expropriation zu dienen.[8 9]

---

bilien nur die gesetzlichen Vorkaufsrechte des Lehnsobereigenthümers, Erbzinsherrn, Erbverpächters, des Miteigenthümers und wegen eingeschlossener und vermischter Lage. Noch durchgreifender war dann das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 §. 2 unter 6, §. 4.

6) Auch die gesetzlichen Vorkaufsrechte an Mobilien sind in Folge der neueren Gesetzgebung sehr eingeschränkt. Namentlich beseitigte das Berggesetz vom 24. Juni 1865 das Vorkaufsrecht des Fiskus auf das in Privatbergwerken gewonnene Gold und Silber, L. R. II, 16 §. 95, sowie das der Gewerke auf das nöthige Holz, L. R. II, 16 §. 111; das deutsche Handelsgesetzbuch hob Art. 470 Abs. 2 das Vorkaufsrecht der Mitreder beim Verkauf von Schiffsparten auf.

7) L. R. I, 17 §. 61 ff. Die Gewerke haben im Falle der Veräußerung eines immobiliaren Kuxes durch den Mitgewerken dieses Recht nicht. L. R. II, 16 §. 322, Berggesetz §. 104. Vgl. oben §. 268 Anm. 11.

8) Dieses Vorkaufsrecht war gegenüber den Eisenbahnen eingeführt worden durch das Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 §. 16 ff.; das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 §. 4 erkannte es für alle Expropriationsfälle an, desgleichen das Grundenteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 §. 57 Abs. 2 und 3. Ausdrücklich hat dasselbe auch das Berggesetz vom 24. Juni 1865 §. 141 für die zu den Zwecken des Bergbaues expropriirten Grundstücke vorbehalten. — Diesem Vorkaufsrechte unterliegen auch durch freien Vertrag erworbene Grundstücke, wenn dem Käufer das Recht, sie zu expropriiren, zustand. Zweifelhaft kann die Frage werden, ob ein expropriirtes Grundstück als Theil eines andern anzusehen ist. Das entscheidende Kriterium kann nur darin gesucht werden, daß der Eigenthümer das expropriirte Grundstück im Momente der Expropriation als ein mit einem Andern verbundenes Ganzes behandelte. Die räumliche Zusammengehörigkeit allein kann nicht entscheiden. Ein gewichtiges Moment für die Absicht des Eigenthümers, die Grundstücke als ein Ganzes zu behandeln, ist die Verbindung unter einem Namen oder die Zuschreibung als Pertinenz auf dem Grundbuchblatte. Vgl. Klostermann Bergrecht S. 308. Wie wenn das verbleibende Grundstück körperlich getheilt wird? Manche behaupten, daß in diesem Falle das Vorkaufsrecht erlösche, Andere — Klostermann a. a. O. S. 308 — daß es jedem Besitzer der Trennstücke nach Verhältniß seines Antheils zustehe. Wir nehmen an, daß die Parcellenbesitzer das Vorkaufsrecht nur insgesammt in Anspruch nehmen können. Das O. Trib. hat Entsch. Bd. 79 S. 166 ff. diese Auffassung adoptirt. — Der Expropriat hatte, wie ein Vorkaufsrecht, so ein Wiederkaufsrecht für den ursprünglichen Preis, wenn er die Entbehrlichkeit des expropriirten Grundstücks für die Zwecke der Expropriation nachweisen kann. Dies hat das Grundenteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 §. 57 Abs. 1 aufgehoben; es wurde damit indirekt auch das Wiederkaufsrecht des Berggesetzes §. 141 beseitigt, welches durch Bezugnahme auf die ältere Gesetzgebung über die Enteignung der Eisenbahnen bestimmt worden war. Entsch. des O. Trib. Bd. 77 S. 259. Die Beseitigung hat gemäß der unzweideutigen Absicht des Gesetzes rückwirkende Kraft auch für die vor dem Inkrafttreten des Enteignungsgesetzes stattgehabten Expropriationsfälle.

9) Erhält sich das Vorkaufsrecht, wenn derjenige, dem es gesetzlich zustand, sich dasselbe seiner Zeit noch besonders durch Vertrag stipulirt hatte und wenn das gesetzliche Vorkaufsrecht später aufgehoben wurde? Die Frage dreht sich darum, ob der Vertrag hier nur aufzufassen ist als Bestätigung des gesetzlichen Anspruchs oder als selbständige neue Grundlage, also als ein neuer Titel für das durch das Gesetz anerkannte Recht. Das letztere ist möglich und auch im Zweifel anzunehmen, da sonst die Stipulation inhaltslos gewesen wäre. So Plenarbeschluß des Obertribunals vom 5. März 1860, Entsch. Bd. 42 S. 1 ff.

Digitized by Google

2) Das deutsche Recht hatte den vertragsmäßigen Vorkaufsrechten nach dem Vorbilde der gesetzlichen Näherrechte einen dinglichen Charakter beigelegt. Hieran schloß sich das allgemeine Landrecht durch die Vorschrift, daß das an unbeweglichen Sachen durch Rechtsgeschäfte bewilligte Vorkaufsrecht die Eigenschaft eines dinglichen Rechts mittels Eintragung im Hypothekenbuche erlange und daß es zu solcher Eintragung einer besonderen Bewilligung des Eigenthümers nicht bedürfe, wenn das Recht nur gültig bestellt und gehörig beglaubigt war.[10] [11]

Nach dem jetzigen Grundbuchrechte kann der Vertrag über das Vorkaufsrecht dem Grundbuchrichter zur Eintragung nicht mehr genügen. Es bedarf vielmehr der Bewilligung des Eigenthümers,[12] welche aber der Vorkaufsberechtigte im Wege der Klage erzwingen kann, wenn dasselbe, wie im Zweifel immer noch anzunehmen ist, einen dinglichen Charakter haben sollte.

In gleicher Weise sind testamentarisch bewilligte Vorkaufsrechte zu behandeln.

Das Vorkaufsrecht ist entsprechend den Bestimmungen des älteren deutschen Rechts über den Retrakt[13] auch bei uns nicht abtretbar,[14] es ist nur vererblich, wenn es auch auf die Person des Erben gestellt ist;[15] vererbt aber wird das durch die Erklärung des Vorkaufsberechtigten im gegebenen Fall erworbene Recht auf den Eintritt in einen Kauf.[16]

Unter mehreren vertragsmäßigen dinglichen Vorkaufsrechten bestimmt die Reihenfolge der Eintragungen den Vorzug. Mit ihnen konkurriren die nicht eingetragenen gesetzlichen Vorkaufsrechte, so daß das Alter den Vorzug bestimmt.[17] Unter Gleichberechtigten entscheidet die Wahl des Vorkäufers, in deren Ermangelung das Loos.[18]

---

10) L. R. I, 20 §. 570.

11) Die bloße Eintragung eines Vorkaufsrechts vor Inkrafttreten des Gesetzes vom 2. März 1850 im Grundbuch überhebt den Eingetragnen nicht des Nachweises, daß es sich auf Vertrag oder einen noch jetzt gesetzlich anerkannten Titel stützt. Entscheidungen des Obertrib. Bd. 78 S. 216.

12) Gesetz über den E. E. §. 13.

13) Vgl. Beseler a. a. O. §. 107 Anm. 2 und dort citirte Statuten.

14) L. R. I, 20 §§. 594. 595. Glück Bd. 16 S. 195 ff. Aeltere Schriftsteller und Gesetze forderten vielfach im Falle des Verdachts, daß der Retrahent sein Recht in der Absicht ausübe, die Sache einem Andern zuzuwenden, einen Reinigungseid. Vgl. auch Preuß. L. R. von 1721 p. II, B. 4 Tit. 7 art. V §. 22. L. R. I, 20 §. 595 beläßt es bei der gewöhnlichen Eideszuschiebung.

15) L. R. I, 20 §. 596. I, 11 §. 314. Gemeinrechtlich ist die Frage bestritten. Vgl. Glück Bd. 16 S. 194.

16) Entsch. des O. Trib. Bd. 80 S. 82.

17) L. R. I, 20 §. 587 kann nicht mehr als praktisch angesehen werden.

18) L. R. I, 20 §. 589 ff.

Digitized by Google

Das Vorkaufsrecht erlischt durch Entsagung bald für immer, bald nur im einzelnen Fall. Eine Entsagung letzterer Art ist in der Mitwirkung des Vorkaufsberechtigten zum Verkauf, z. B. als Makler, zu sehen.[19]

Das in das Grundbuch eingetragene Vorkaufsrecht kann als solches nicht durch Verjährung erlöschen, verjähren kann nur die einzelne, aus einem vorgekommenen Verkaufe entspringende Befugniß.[20]

§. 381. Existenz, Wirkungen des Eintrittsrechts.

1. Das Vorkaufsrecht setzt zu seinem Eintritte voraus Veräußerung durch Verkauf und zwar unter solchen Bedingungen, die der Vorkaufsberechtigte so gut wie der Käufer erfüllen kann.

Häufig präsentirt sich, sei es in Folge der natürlichen Konstellation des Verkehrs, sei es auch, weil man die Ausübung des Vorkaufsrechts absichtlich verhindern wollte, das Geschäft der Art, daß Zweifel über die Existenz der Voraussetzungen des Vorkaufsrechts entstehen. Selbstverständlich ist, daß Schenkungen und letztwillige Zuwendungen, selbst wenn Auflagen an sie geknüpft waren, dem Kaufe nicht gleich stehen. Gleiches gilt vom Tausche.[1] Nur die Hingabe an Zahlungsstatt für eine Geldschuld wird wie ein Kauf behandelt.[2] Daß der Verkauf ein sogenannter Freundschaftskauf war, d. h. hervorgegangen aus Zuneigung zur Person des Käufers, hindert das Vorkaufsrecht nicht, aber das um deswillen etwa am Preise nachweislich Gekürzte hat der Vorkaufsberechtigte nachzuzahlen.[3]

Das Vorkaufsrecht tritt richtiger Ansicht nach auch beim Verkaufe einzelner Parcellen sowie eines ideellen Theiles der ihm unterliegenden Sache ein, obgleich man hieran gezweifelt hat; das Recht auf das Ganze erstreckt sich auch auf den Theil. Dagegen bezieht es sich nicht auf den Verkauf einzelner Nutzungen, z. B. des im Grundstücke vorhandenen Torfes.[4] Geschah der Verkauf anderer Objekte zusammen mit der belasteten Sache für einen Gesammtpreis, so kann der Vorkaufsberechtigte in den Kauf so eintreten,

---

19) Das Obertribunal hat in einem solchen Falle — Entsch. Bd. 45 S. 47 ff. — wenigstens eine exceptio für zulässig erachtet.

20) L. R. I, 20 §§. 647. 648.

1) Gemeinrechtlich ist die Frage bestritten, vgl. Glück Bd. 16 S. 159, dagegen L. R. I, 20 §. 575.

2) L. R. I, 20 §. 576.

3) L. R. I, 20 §. 585. Die Meinungen gemeinrechtlicher Schriftsteller sind getheilt, Glück Bd. 16 S. 166.

4) L. R. I, 20 §. 576 erkennt allerdings das Vorkaufsrecht an bei jeder Veräußerung „des zum Eigenthum gehörigen Nutzungsrechtes." Hierbei ist aber an eine bleibende Veräußerung des vollen Nutzungsrechts, z. B. durch Erbpacht, gedacht, wie sie jetzt nicht mehr vorkommen kann. Vgl. auch Striethorst Archiv Bd. 29 S. 226.

Digitized by Google

daß der Preis verhältnißmäßig repartirt wird. Der Käufer darf aber seinerseits auch fordern, daß der Vorkaufsberechtigte in den ganzen Kauf eintrete oder von demselben abstehe.[5] [6]

War der Kauf anfechtbar, so hat zwar der Vorkaufsberechtigte das Recht, an die Stelle des Käufers zu rücken, unterliegt aber der gleichen Anfechtung wie dieser.[7]

Das Vorkaufsrecht kann ein einmaliges oder ein fortgesetztes sein. Im ersten Falle kann es nur auf Grund des zuerst eintretenden Verkaufs ausgeübt werden und erlischt, wenn der Berechtigte die hieraus entspringende Befugniß aufgegeben hat. Die gesetzlichen Vorkaufsrechte sind einmalige. Im zweiten Falle erneuert sich die Befugniß bei einem jeden späteren Verkaufe.[8]

2. Der Verkäufer der mit dem Vorkauf belasteten Sache ist schuldig, dem Vorkaufsberechtigten den Verkauf und dessen Bedingungen bekannt zu machen; handelt es sich um ein dingliches Vorkaufsrecht, so muß dies gerichtlich oder notariell geschehen,[9] beim persönlichen Vorkaufsrecht genügt private, specificirte Anzeige.[10] Der Vorkaufsberechtigte hat sich, falls es sich um ein dingliches Vorkaufsrecht an einem Grundstück handelt, binnen zwei Mona-

---

5) L. R. I, 20 §. 607 schreibt vor: „Ist die belastete Sache mit einer andern für denselben Preis verkauft worden, so muß sich der Vorkaufsberechtigte auch diese Bedingung gefallen lassen oder vom Vorkauf abstehen." Daraus folgt nicht, wie das Obertribunal Entsch. Bd. 34 S. 156 behauptet hat, daß der Vorkaufsberechtigte die Abtretung des Ganzen fordern könne, womit das Vorkaufsrecht ohne durchschlagenden Grund auf Objekte erstreckt würde, die ihm an sich nicht unterworfen waren. Vgl. hiergegen Koch Komm. zu L. R. I, 20 §. 576. Mit Recht verweist Koch auch auf die Geschichte dieser Bestimmung. Denn unter den älteren Juristen war streitig, ob das Vorkaufsrecht im Falle des Mengekaufs ganz ausgeschlossen sei. Dies verwarf die Mehrzahl der Schriftsteller, indem man dem Verkäufer nur freistellte zu fordern, daß ihm das Ganze vom Vorkaufsberechtigten abgenommen werde. Glück Bd. 16 S. 184.

6) Das Vorkaufsrecht fällt weg, wenn der Verkauf per modum anticipatae successionis an den nächsten Erben oder einen der nächsten Erben erfolgte. L. R. I, 20 §. 584, Entsch. des O. Trib. Bd. 19 S. 226. Vgl. auch Glück Bd. 16 S. 159 ff. Nicht weniger ist es ausgeschlossen, wenn der Käufer Hauptverpflichtungen übernahm, die kein Anderer erfüllen kann, während dann, wenn solche Verpflichtungen nur nebensächlich waren, vom Vorkaufsberechtigten ihr Geldäquivalent zu leisten ist. L. R. I, 20 §. 579. Was zur einen oder andern Kategorie zu rechnen ist, hat das richterliche Ermessen im Einzelfalle zu entscheiden.

7) Im Falle eines nichtigen, z. B. eines bloß simulirten Verkaufs hat dagegen das Vorkaufsrecht keine Basis. Striethorst Archiv Bd. 23 S. 260, Entsch. des O. Trib. Bd. 54 S. 183 ff.

8) L. R. I, 20 §. 586. Ist das Vorkaufsrecht ein fortdauerndes, so hat der Vorkaufsberechtigte, wenn der erste Käufer weiter verkauft, die Wahl, ob er den ersten oder den zweiten Verkauf seinem Rechte zu Grunde legen will. L. R. I, 20 §. 635 ff.

9) L. R. I, 20 §. 611. Ueber Edittalcitationen siehe §. 612 ff.

10) L. R. I, 20 §. 608.

Digitized by Google

ten nach der Anzeige über den Eintritt zu erklären, in anderen Fällen binnen der Offertfristen.[11] Unterblieb die Anzeige, so erhält sich sein Eintrittsrecht bis zum Ablauf der Verjährung. Dieselbe läuft von dem Augenblick an, in welchem das dem Vorkauf unterworfene Grundstück auf den Käufer im Grundbuch überschrieben wird.[12]

Das Eintrittsrecht des Vorkaufsberechtigten wird ihm endgültig erst erworben, wenn er auf Grund der gedachten Bekanntmachung erklärt, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen. Ehe dies geschieht, können die Verkaufschließenden durch Rücktritt vom Geschäft das Eintrittsrecht vereiteln.[13] Dies ist indessen von dem Augenblick an nicht mehr zulässig, in welchem dem Käufer die dem Vorkaufsrecht unterworfene Sache aufgelassen wird.[14]

Die Erklärung des Eintritts ist unverbindlich, wenn sie in der Absicht geschah, die erworbene Sache einem Dritten, mit dem sich der Verkaufsberechtigte verständigt hat, abzulassen.[15]

3. Wer nur ein persönliches Vorkaufsrecht hat, kann, wenn er sich dasselbe auszuüben entschließt, nur vom Verkäufer und seinen Erben die Uebereignung der Kaufsache, und soweit sie nicht mehr thunlich ist, Schadensersatz fordern.[16] Der dinglich Vorkaufsberechtigte dagegen hat eine dingliche Klage gegen den Sacheigenthümer als solchen. Sein Anspruch geht auf Uebereignung des Grundstücks durch Auflassung gegen gleichzeitige Erstattung alles dessen, was der Käufer für dasselbe zu leisten hatte.[17] [18]

---

11) L. R. I, 20 §§. 610. 609.

12) L. R. I, 20 §§. 646. 647.

13) L. R. I, 20 §. 618. Vgl. hierzu die Entsch. des O. Trib. Bd. 25 S. 335 ff. Nach L. R. I, 20 §. 620 können die Kontrahenten bereits nach der specificirten Bekanntmachung an den Berechtigten die Bedingungen des Kontrakts zu dessen Nachtheil nicht mehr ändern. Entsch. des O. Trib. Bd. 78 S. 219.

14) Gemeinrechtlich ist die Frage sehr streitig, mit welchem Augenblicke das Recht des Vorkaufsberechtigten perfekt wird. Vorkaufsrecht im römischen Sinne würde perfekt werden mit dem Abschlusse des Verkaufs. Der Gedanke des Retraktrechts führt eher dazu, daß das Eintrittsrecht erst mit der Erklärung des Vorkaufsberechtigten erworben wird. Vgl. Pufendorf tom. III obs. 40 §. V, dazu Walch Näherrecht S. 281.

15) L. R. I, 20 §. 595. Entsch. des O. Trib. Bd. 72 S. 54.

16) L. R. I, 20 §. 629 bestimmt in anomaler Weise: die Erben desjenigen, welcher das persönliche Vorkaufsrecht eingeräumt hat, haften bei einem von ihnen selbst ohne Bekanntmachung geschehenen Verkaufe dem Berechtigten nur, sofern sie die durch den Erblasser eingeräumte Befugniß kannten. Das jus ad rem — §. 630 — verhaftet den Käufer nach der Auflassung nicht mehr.

17) Die Kaufkosten und die Kosten der Auflassung an den ersten Käufer, sowie etwaige andere Besitzveränderungsabgaben muß der Vorkaufsberechtigte dem Käufer nicht erstatten, weil man dessen Erklärung vor der Solennisirung des Verkaufs hätte einholen können. L. R. I, 20 §. 633.

18) Hat der Verkäufer dem ersten Käufer ohne Sicherheit kreditirt, so kann er gleichwohl vom Vorkaufsberechtigten Sicherheit fordern.

Digitized by Google

Abschluß eines Kaufkontrakts kann der Vorkaufsberechtigte richtiger Ansicht nach nicht fordern, auch hat er nicht die Rechte eines gewöhnlichen Käufers wegen Eviktion oder verborgener Mängel.[19]

Der Vorkaufsberechtigte, welcher die Sache, nachdem er sich für die Ausübung des Vorkaufsrechts erklärt hat, dem Verkäufer nicht unter Erstattung des Kaufpreises abnimmt, wird diesem für allen Schaden verantwortlich, falls der erste Käufer zurückgetreten ist.[20]

4. Der Käufer wird, wenn er auch das Vorkaufsrecht und die Nichtanzeige des Verkaufs an den Berechtigten kannte, nicht etwa unredlicher Besitzer.[21] Indessen haftet er dem Vorkaufsberechtigten für mäßiges Versehen[22] und hat wegen Verbesserungen nur die Stelle eines unrechtfertigen Besitzers.[23] Die Früchte gewinnt er noch.

Die Obliegenheiten des unredlichen Besitzers, insbesondere auch die Verpflichtung zur Herausgabe der Früchte überkommt der Besitzer erst, wenn der Vorkaufsberechtigte gerichtlich erklärt, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen, und zugleich Zahlung anbietet.[24]

In ähnlicher Weise wie ein Retraktsrecht ist ein dingliches Wiederkaufsrecht zu behandeln.

---

19) Einen Kontraktschluß verlangt das Obertribunal Entsch. Bd. 39 S. 143. Dagegen auch Koch Kommentar zu L. R. I, 20 §. 632.

20) So L. R. I, 20 §. 624. Auf Erfüllung des Kaufkontrakts kann der Verkäufer dem Vorkaufsberechtigten gegenüber richtiger Ansicht nach nicht bestehen, da ein Kontrakt nicht zu Stande kommt. A. Ansicht Koch zu L. R. I, 20 §. 624.

21) Der Entwurf des Gesetzbuches achtete den Käufer, welcher das Vorkaufsrecht kannte und keine Anzeige veranlaßte, dem unredlichen Besitzer gleich. Dagegen Suarez in Kamptz Jahrbuch Bd. 41 S. 61.

22) L. R. I, 20 §. 639 ff. Geräth der Käufer in Verzug, so steigert sich die Haftung.

23) L. R. I, 20 §§. 639. 640. I, 7 §§. 204 ff. 239.

24) So Glück Bd. 16 S. 188 ff. — L. R. I, 20 §§. 642. 643 heben zwar das Erforderniß des Angebots der Zahlung nicht hervor. Dasselbe ist gleichwohl, weil der Natur der Sache entsprechend, zu unterstellen. Die Entsch. des O. Trib. Bd. 14 S. 378 ist dagegen wohl nicht gerechtfertigt.

Digitized by Google

Anhang.

Formular I der Grundbuchordnung.

Grundbuch von Schlebach, Kreis Liebstadt.

Band I.

Blatt Nr. 1. Rittergut Schlebach.
Grundsteuerbuch Art. . . . Nr. . . .

Bezeichnung des Grundstücks.							Abschreibungen.						
Nr.	Bestandtheile.	Grundsteuer-mutterrolle.	Größe. Hektr.	Ar	□ Met	Reinertrg. Nutzungswerth. Thl. Mrk.	Gnt.	Bezeichnung des Theilstücks.	Grundsteuer-mutterrolle.	Größe. Hektr.	Ar	□ Met.	Reinertrg. Nutzungswerth. Thl. Mrk.	Gnt.
1.	Das Gut Schlebach	1	600	30	5			1. Die Zinsen u. Dienste der Bauern zu Schlebach sind gegen ein Kapital von 700 Thalern abgelöst. Vermerkt am . . . . . F. N.						
2.	Das Vorwerk Neu-Schlebach	5	40	14	.									
3.	Der im Bezirk des Grundbuchamts zu N. belegene Forst „die großen Kiefern" (Bd. IV. Bl. 2 des Grundbuchs zu N.)	4	35	.	40			2. Die Otterwiese . . . . . übertragen auf Blatt 14 Bd. III. des Grundbuchs v. Schlebach am . . . . . F. N.	27	.	8	37	1	29
4.	Der Steinacker	6	.	25	.									
5.	(Hier folgen weitere Zuschreibungen.)													

Digitized by Google

Erste Abtheilung.

Nr.	Eigenthümer.	Zeit und Grund des Erwerbers	Werth.	Mark.
*) 1.	Philipp Moritz von Gutendorf zu Schlebach, Major a. D.	Auf Grund der Erbbescheinigung vom 3. April 1858 eingetragen am . . . F. N.	Taxe vom 3. Oktbr. 1865	137,500
2.	Johann Heinrich von Beuthen zu Schlebach, Königl. Landrath.	Aufgelassen und eingetragen am 1. Juli 1867. F. N.	Preis vom 1. Juli 1867	140,000
		Der „Steinacker" (Nr. 4 des Titelblatts) ist von Bl. 7 Bd. II. des Grundbuchs von Schlebach hierher als Zubehör übertragen am . . . . . F. N.	Wohnhaus, Hof- und Wirthschaftsgebäude sind am 1. Januar 1870 gegen Feuersgefahr versichert mit	100,580

*) Die punktirten Linien bedeuten rothe Linien.

Digitized by Google

Zweite Abtheilung.

Nr.	Betrag. Rt Mark.	Sgr.	₰	Dauernde Lasten und Einschränkungen des Eigenthums.	Veränderungen. Eintragung.	Veränderungen. Löschung.	Nr.	Löschungen.
1.	.	.	.	Fünf Thaler unablöslicher Zins für die Kirche zu Schlebach. Eingetragen am . . . . . F. R.				
2.	.	.	.	Ein Vorkaufsrecht für den Oekonom Heinrich Carl von Gutendorf auf 10 Jahre, bis 1. Juli 1877. Eingetragen auf Grund des Kaufvertrags vom 1. Juli 1867 am . . . . . F. R.				
3.	.	.	.	Die nothwendige Subhastation ist eingeleitet. Eingetragen am . . . . . F. R.			3.	Gelöscht am . . . . . F. R.

Digitized by Google

1.

Hypotheken und Grundschulden.

Nr.	Betrag. Rx Mark.	Sgr.	₰		Nr.	Rx Mark.	Sgr. ₰
1.	20,000	.	.	Zwanzig Tausend Thaler Pfandbriefe der Fürstenthumslandschaft N., ausgefertigt unter den Nr. Nr. . . . . über je Eintausend Thaler. Eingetragen am . . . . . F. R.			
2.	7,000	20	.	Sieben Tausend Thaler zwanzig Silbergroschen	2.	5,000	20 .
	2,000	.	.	Darlehn mit 4½ Procent jährlich vom 1. Juli			
	5,000	20	.	1858 verzinslich, gegen sechsmonatliche Kündigung am 1. Juli oder 1. Januar zahlbar, eingetragen für den ꝛc. zu ꝛc. auf Grund der Schuldurkunde vom . . . . am . . . . F. R.			
3.	5,000	.	.	Fünf Tansend Thaler Darlehn, mit 4½ Procent jährlich vom 1. Oktober 1858 verzinslich, gegen sechsmonatliche Kündigung am 1. April oder 1. Oktober zahlbar, eingetragen für den ꝛc. zu ꝛc. auf Grund der Schuldurkunde vom . . . . . am . . . . . F. R.			
4.	10,000	.	.	Zehn Tausend Thaler Darlehn, mit 5 Procent jährlich vom 1. Januar 1859 verzinslich, gegen sechsmonatliche Kündigung zahlbar, eingetragen für den ꝛc. zu ꝛc. auf Grund der Schuldurkunde vom . . . . . am . . . . . F. R.	4.	10,000	. .
5.	10,000	.	.	ꝛc.			
6.	10,000	.	.	ꝛc.			
7.	8,000	.	.	Vorgemerkt zur Erhaltung des Vorrechts einer Hypothek zum Betrage von acht Tausend Thlrn. für den ꝛc. zu ꝛc. am . . . . . F. R.			
				Acht Tausend Thaler in eine Hypothek für eine Kaufgeldforderung umgeschrieben, verzinslich mit 5 Proc. vom 1. Oktober 1859 und zahlbar gegen sechsmonatliche Kündigung für den N. N. zu N. Eingetragen auf Grund rechtskräftigen Erkenntnisses des Kreisgerichts zu . . . . vom . . . . am . . . . F. R.			
8.	6,000	.	.	Sechs Tausend Thaler mit 5½ Proc. vom 1. Jan.			
	1,000	.	.	1860 verzinslich und gegen sechsmonatl. Kündigung			
	5,000	.	.	zahlbar, eingetragen für den ꝛc. zu ꝛc. auf Grund der Schuldurkunde vom . . . . . am . . . . . F. R.			
9.	5,000	.	.	Fünf Tausend Mark Grundschuld mit 5½ Proc. vom	9.	5,000	. .
	1,000	.	.	1. Juli 1872 in halbjähr. Raten verzinslich, gegen			
	4,000	.	.	sechsmonatliche, nicht vor dem 1. Juli 1875 zulässige Kündigung zahlbar, eingetragen für den Banquier Friedrich Klein zu Berlin am 2. Juli 1872. F. R.		2,500	. .

Digitized by Google

2. Veränderungen.			3. Löschungen.				
Eintragungen.	Nr.	Löschungen.	Nr.	Rt. Mark.	Sgr.	Pf.	
Von den eingetragenen 7000 Thlr. 20 Sgr. mit den Zinsen vom 1. Januar 1859 abgetreten an den ꝛc. zu ꝛc. Eingetragen am . . . . . F. R.			2.	2,000	.	.	Gelöscht am . . . . . F. R.
			2.	5,000	20	.	Gelöscht am . . . . . F. R.
			3.	5,000	.	.	Gelöscht am . . . . . F. R.
Abgetreten an den Eigenthümer, Kgl. Landrath Johann Heinrich von Beuthen zu Schlebach. Eingetragen am . . . . . F. R.							
			8.	1,000	.	.	Gelöscht am . . . . . F. R.
Abgetreten mit den Zinsen vom 1. Januar 1873 an den Holzhändler Carl Gross zu Liebstadt. Eingetragen am . . . . . F. R.							
Von den unter Nr. 9 eingetragenen 5000 Mk. mit dem Vorzugsrecht vor dem Ueberrest							

Digitized by Google

Nr.	Betrag. Mk Mark.	Pf.	₰	1. Hypotheken und Grundschulden.	Nr.	Mk Mark.	Pf.	₰
10.	1,000	.	.	Eintausend Mark Grundschuld, mit 5½ Procent vom 1. Juli 1873 verzinslich und gegen sechsmonatliche Kündigung zahlbar, eingetragen für den ꝛc. zu ꝛc. mit dem Vermerken, daß diesen Eintausend Mark das Vorrecht vor denjenigen 1000 Mark eingeräumt ist, welche von der unter Nr. 9 eingetragenen Grundschuld dem Friedrich Gottlieb Gross zustehen, am 15. September 1873. F. R.	10	1,000	.	.
					9.	500	.	.
11.	1,000	.	.	ꝛc.	9.	2,000	.	.
						1,000	.	.
						1,000	.	.

Digitized by Google

Abtheilung.

2. Veränderungen.			3. Löschungen.				
Eintragungen.	Nr.	Löschungen.	Nr.	Rp Mark.	Gr.	N	
und mit den Zinsen vom 1. April 1873 abgetreten an den Hausbesitzer Julius Roll zu N. Eingetragen am . . . . . F. R.							
Fortsetzung siehe hinter Nr. 10.							
Abgetreten an den ꝛc. zu ꝛc. mit den Zinsen von . . . . . Eingetragen am . . . . . F. R.							
Fortsetzung von Nr. 9. Vorgemerkt auf diejenigen 2500 Mark, welche dem Holzhändler Carl Gross zustehen, für den Kaufmann Ferdinand Müller zu Liebstadt am 7. Mai 1873. F. R.		Die vorgemerkten 500 Mk. sind mit den Zinsen vom 1. Juni 1873 und mit dem Vorzugsrecht vor den verbleibenden 2000 Mark abgetreten an den Kaufmann Ferdinand Müller zu Liebstadt. Eingetragen am 31. Mai 1873. F. R.						
Bei der Theilung des Nachlasses des Holzhändlers Carl Gross dem Friedrich Gottlieb Gross übereignet. Eingetragen am . . . . . F. R.			9.	1,000	.	.	Gelöscht am 15. September 1873. F. R.
Der unter Nr. 10 eingetragenen Grundschuld von 1000 Mark ist das Vorzugsrecht vor den unter Nr. 9 dem Friedrich Gottlieb Gross noch zustehenden 1000 Mark eingeräumt worden. Eingetragen am 15. September 1873. F. R.							

Digitized by Google

Verbesserungen und Zusätze.

S. 3 Z. 6 vgl. hierüber Mandry der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. Tübingen 1878.

S. 36 Anm. 1 Z. 3 lies verfassungsmäßig statt vertragsmäßig.

S. 55 Anm. 3 setze hinzu: Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 §. 72. Reichs-Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz §. 5 und die andern Einführungsgesetze zu den Reichsjustizgesetzen.

S. 63 Z. 7 füge hinzu: vgl. z. B. Fischereigesetz vom 30. Mai 1874 §. 5.

S. 87 Anm. 9 füge hinzu: vgl. auch Reichsgewerbeordnung von 1869 §. 64 Abs. 3.

S. 88 Z. 2 von unten lies Art. 12 statt Art. 9.

S. 104 a 4 füge hinzu: über die Vertretung durch den Schulvorstand vgl. Striethorst Archiv Bd. 87 S. 274.

S. 105 Anm. 1 letzte Z. schiebe vor „vgl." ein: wenn nichts Anderes statutenmäßig bestimmt ist.

S. 128 a 1 lies Z. 1: L. R. I, 2 §§. 120. 121 statt 111.

S. 143 Anm. 7 füge hinzu: dies muß ich, entgegen meinem Vormundschaftsrecht S. 93 und Mandry a. a. O. S. 3, annehmen; es ist wichtig daran festzuhalten, daß die allgemeinen Normen der Reichsgesetze Sonderrechte nicht treffen, sofern sie die Derogation derselben nicht besonders bestimmen; vgl. oben S. 56 Anm. 3.

S. 146 Anm. 9. am Schluß: der Verpflichtungsakt ist ungültig, vgl. unten §. 77, siehe übrigens Mandry a. a. O. S. 16.

S. 150 Anm. 15 füge hinzu: Auch ein Kurator kann bestellt werden.

S. 198 füge zum Schluß hinzu: Zur Uebertragung der Kuxe bedarf es gleichfalls der Schriftlichkeit, Berggesetz vom 24. Juni 1865 §. 105.

S. 206 a 4 Z. 4 lies §. 23 statt 22.

S. 212 füge hinzu: Gerichtlich oder notariell ist auch das Statut einer Gewerkschaft zu errichten, Berggesetz §§. 94. 240, ebenso ein etwaiger Konsolidationsakt Berggesetz §. 42.

S. 213 Anm. 4 Z. 2 lies „Anm. 16" statt Anm. 10.

S. 259 zu Z. 6 füge hinzu: Gegen die Post und Postillone — nicht Briefträger — ist das Pfändungsrecht ausgeschlossen, Postgesetz vom 28. Oktober 1871 §. 18.

S. 287 Anm. 13 füge hinzu: auch Entsch. des O. Trib. Bd. 79 S. 237.

S. 445 Zu §. 186 vgl. Hofmann titulus und modus acquirendi 1873.

S. 448 Anm. 9 Z. 5 füge hinzu nach Reallast: zu Gunsten des Straßenherrn.

S. 500 nach Anm. 9 füge hinzu: vgl. noch Kayser bei Gruchot Bd. 19 S. 705 ff. das preußische Zaunrecht.

S. 523 Anm. 15 füge hinzu: der frühere Eigenthümer behält aber auch nach der Zuweisung eine Forderung gegen den Empfänger auf Herausgabe des von ihm noch Besessenen, eventuell auf die Bereicherung, Reichsstrandungsordnung §. 28 Abs. 2.

S. 525 nach Anm. 8 füge als Anm. 8a hinzu: Das Verbot der Anlegung von Einsprüngen L. R. II, 16 §. 60 ist durch die neuere Gesetzgebung beseitigt. Entsch. des O. Trib. Bd. 73 S. 72.

S. 665 Z. 8. Vgl. noch über das Recht des Nießbrauchers auf die Schuldokumente Entsch. des O. Trib. Bd. 79 S. 268.

Digitized by Google

I. Sachregister.

Abkürzungen: a = Anmerkung, u. = und, f. = siehe, ff. = folgende. Die Zahlen bedeuten die Seitenzahlen; diejenigen, vor denen ein „a“ steht, die Zahl der Anmerkung auf der vor dem „a“ stehenden Seite.

A.

Abandonerklärung. Dieselbe muß unbedingt sein 174 ff.

Abfindung der unehelich Geschwängerten, das Urtheil über den Anspruch auf die A. präjudicirt nicht dem unehelichen Kinde 297 a 5. — A. bei Regulirung, Ablösung ꝛc. 473 ff., 484; bei Gemeinheitstheilung 479, 484 ff. Inwieweit bezüglich dieser A. der Satz protium succedit in locum rei gilt 417 u. 418, 484. — Lehnabfindung s. diese. A. bei Auseinandersetzungen in Gemeinheitstheilungen s. diese Worte.

Abgaben, öffentliche, rechtliche Natur 74. — Haftung des Nießbrauchers für dieselben 661 ff. — Ersitzung der Befreiung von solchen 401 a 11. — Bei der Subhastation des verhafteten Grundstücks werden die laufenden von der Masse vorweg abgezogen, die rückständigen sind absolut privilegirt 826. — A. u. Lasten, gemeine, das Recht auf dieselben ist ein subjektiv dingliches 73 ff. — Haftung des Nießbrauchers für dieselben 661 ff. — s. auch Lasten u. Reallasten.

Abgeleiteter Besitz 324.

Abgerissenes Land 544, 546.

Ablauf des Wassers s. Vorfluth.

Ablösung der Reallasten s. Reallasten. A. der Servituten 701 ff.; s. auch Auseinandersetzung.

Ablösungsrente s. Rente.

Abraum = Reisig der gefällten Bäume 710 a 5.

Abschlagszahlung, unterbricht sie die Klagverjährung? 373.

Abschreibung im Grundbuch 435, 439; s. auch Trennstück.

Abschwemmung s. Ufer.

Absetzung von Korporationsbeamten 108 a 2.

Abtretung s. Cession.

Abweisung der Klage angebrachtermaßen 266 a 5; unterbricht die Verjährung 374 a 12.

Abwesenheit, ob durch A. der Besitz erlischt 339 a 9. Verjährung gegen Abwesende 365. Kurze Verjährung 380 ff.

Acceptation, ob solche zur Gültigkeit einer Entsagung nöthig 170 ff. — A. von Offerten s. Offerten.

Accessio. Eigenthumserwerb durch A. 537 ff. A. possessionis 393.

Accessorische Natur des Pfandrechts s. Pfandrecht.

Accidentalia negotii 153.

Acht Tage nach Landrecht, nach H. G. B. 136 a 4.

Acquisitivverjährung s. Verjährung.

actio. Näheres s. Klage. Einzelne actiones:

actio ad exhibendum 315 a 3, bei conjunctio u. commixtio 539 a 9. — Verhältniß zur rei vindicatio 315 a 3.

actio aquae pluviae arcendae 590.

— arbitraria 283 a 3.

— bonae fidei 283 a 3.

— confessoria Voraussetzung: Besitz 342. Näheres s. Konfessorienklage.

actio communi dividundo s. Miteigenthum.

actio directa 262.

— doli 228 ff.

— exercitoria 234.

— feudi revocatoria u. ihre Verjährung 866 a 8.

actio finium regundorum 489 ff.

— hypothecaria s. Pfandklage.

— in factum concepta 264 a 1.

— in personam u. in rem 262 u. 263.

— institoria 234.

— mandati 234 a 2.

— negatoria Voraussetzung: Besitz 342; wegen Grenzüberschreitungen 500 ff.; — auf Bewilligung der Löschung von Vormerkungen 580 ff. — Näheres s. Negatorienklage.

actio Pauliana 214 a 12, 267 a 10; s. auch Anfechtung. — Unterschied derselben vom Rechte zur Sache 412 a 6.

Digitized by Google

actio Publiciana 561, 577.
— quod metus causa 231.
— revocatoria feudi 866; wegen Veräußerung des Familienfideikommißinhabers 878 u. 879.
actio stricti juris 283.
— utilis 262.
Actus 705, ſ. Servitut.
Adel. Erwerb des A. durch Verjährung (44 Jahr) 45 a 9, 401 a 8. — A. Vorausſetzung zum Erwerb adliger Güter u. Einfluß des A. auf die Rechtsfähigkeit nach Landrecht 88.
Adelsſtand. Erhebung in den A. 44 a 5.
Adhärenten der Subhaſtation 811; ſ. auch Subhaſtation.
Adjacenten an Eiſenbahnen, Schadenserſatzanſprüche der A. wegen des durch die Eiſenbahnen verurſachten Rauches 503 a 21.
Adjudikatar in der Subhaſtation, Eigenthumserwerb durch den Zuſchlag 822 ff., Recht der Kündigung von Miethe u. Pacht 680 ff., Recht auf Beſitz des Zugeſchlagnen 822 a 2, Pflicht zur Zahlung der Kaufgelder, redlicher Beſitzer im Fall der Beſchwerde 821; ſ. Subhaſtation.
Adjudikation gefundener Sachen 533 ff. — A. von Servituten in Theilungsproceſſen 693 a 2.
Adjudikatoria im Subhaſtationsverfahren ſ. Subhaſtation unter VI.
Adjunctio 539 a 9.
Adlige. Ehen A. mit Nichtadligen 88 a 4. — Adlige Lehen 858 a 5.
Adminiſtration, gerichtliche 320, ſ. auch Sequeſtration.
Adoption bedarf der gerichtlichen Form 211 a 7, richterliche Kompetenz dabei 208 a 9.
Adventitia bona, Nießbrauch des Vaters an den A. 670 a 4.
Aenderung des Klagpetitums 266 a 7, des Klagfundaments u. Klaglibells 284 a 7.
Aequipollens. Erfüllung einer Bedingung per a. 178 a 2.
Affekt als Willensfehler 230 a 2.
Affektionsintereſſe oder A.-Werth 127.
Affirmative Rechte. Begriff 75; — Erwerb des Beſitzes an ſolchen 354; — Verluſt 356.
Afterbelehnung 858.
Aftermiethe u. Afterpacht. Wirkung eines gegen den Hauptmiether ergangenen Exmiſſionserkenntniſſes gegen den After-Miether u. -Pächter 297 a 3. — An den Illaten der letzteren ſteht dem erſten Vermiether kein Retentionsrecht zu 852 a 6.
Afterverpfändung beim Fauſtpfand 837, bei verpfändeten Forderungen 847 a 14 ff.
Agnaten im Lehnrecht 857, ſ. auch Lehnrecht.
Agnitionsbeſcheide, Agnitoria, Rechtsmittel gegen ſolche 160 a 6.
Agrargeſetzgebung 468 ff.
agri arciſinii u. limitati 543 a 2.
Aktie. Nießbrauch an A. 666. — Stimmrecht des Nießbrauchers in Generalverſammlungen 666. — A. als Kautionsmittel bei der Subhaſtation 818 a 10. — Verpfändung von A., Zeichnung von A., Rücktritt von derſelben wegen Irrthums, wegen unrichtiger Angaben der Gründer 230 a 9.
Aktiengeſellſchaft. Haftung der Gründer wegen unrichtiger Angaben den Zeichnern gegenüber 230 a 9.
Aktivmaſſe. Feſtſtellung der A. im Kaufgelderbelegungstermine 825.
Aktivlegitimation muß dem Richter nachgewieſen werden 269 a 15.
Aleatoriſcher Vertrag. Berechnung der Höhe des Objekts eines ſolchen 196 a 9.
Alimentation. Pflicht zur A. eines zurückgekehrten Verſchollenen 85.
Alimente. Vergleich über letztwillig hinterlaſſene künftige A. 167. — Form des Vergleichs über A. 212 a 15. — Verjährung der A. 382; ſ. auch uneheliche Kinder bei Kinder.
Allodialvermögen kann von Descendenten beim Anfall des Lehns ausgeſchlagen werden 865, inwieweit Schulden des A. aus den Lehnseinkünften zu tilgen ſind 865. — Sonderung des A. vom Lehn; Rechte der Allodialerben dabei 868 ff. — Klage auf dieſe Sonderung 868 a 1. — Sonderung des A. vom Fideikommiß 880.
Allodifikation des Lehns 855 ff.
Alluvion 543, 546. Dieſelbe gehört zur Subſtanz des Gutes 121 a 2, unterliegt dem Nutzungsrecht des Nießbrauchers 652 a 2, u. dem auf dem Grundſtück laſtenden Pfandrecht 771 a 2. — Beſitzerwerb an der A. 334.
Altane an der Grenze 500 a 8.
Altentheil, ob Gutsüberlaſſungsverträge über Handlungen 727 a 17. — Nähere Behandlung 725 ff., Begriff u. Arten 724. — Eintragung des A. im Grundbuch 724 a 6. — Die dem Berechtigten zu machen-

Digitized by Google

den Leistungen nach Inhalt und Umfang 725 ff. — Konstituirung desselben 212 a 15, 724 a 5.

Alter. Einfluß des A. auf die Handlungsfähigkeit 142.

Altkatholiken, gehören sie zur katholischen Kirche? 98 a 17.

Altlux 620 ff. — Immobiliarqualität 621 a 7, 126 a 10.

Altsitzer. Rechte der A. 725, insbesondere bei schlechter Behandlung durch den Gutsübernehmer 726 a 16, 727 a 17.

Alveus derelictus s. Ufer.

Amortisation der Renten bei Ablösung der Reallasten 475 a 8, a 10. — A. von Hypotheken u. Hypothekenbriefen s. Aufgebot.

Amortisationsgesetze 109 a 9.

Amtsblätter, Publikation durch dieselben 44 a 6.

Amtsverbände sind juristische Personen 97 a 4.

Analogie. Anwendung derselben durch den Richter 41.

Analphabeten. Begriff, Form ihrer Verträge 210 a 1, 3.

Anerkenntniß. Begriff, Arten, Form, Wirkung (Verpflichtungsgrund, Novation, Beweismittel, Rückwirkung ꝛc.) 159 ff. — Form des A. 161 a 11. — Inwiefern das A. die mangelnde Vertragsform ersetzt 201. — A. unterbricht die Verjährung 373 a 7. — A. einer verjährten Schuld 379 a 5; Vergleich als Anerkenntniß 162.

Anerkennung eines unehelichen Kindes. Form 211 a 7; dieselbe darf nicht bedingt sein 174 a 8.

Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte 138 ff. — Vorkaufsrecht bei anfechtbarem Kauf 886.

Anfechtung von Vergleichen 163 ff.; A. von Rechtsgeschäften 214 ff. — Die einzelnen Gründe s. bei Zwang, Irrthum, Betrug, Handlungsunfähigkeit, Simulation. — A. gerichtlicher und notarieller Urkunden 210 a 16. — A. von Einschreibungen im Grundbuch s. Einschreibung. — A. von Hypotheken und Grundschulden durch gleich- oder nacheingetragene Gläubiger 786 ff. — A. von Hypotheken des Eigenthümers durch Nachstehende 795 a 9. — A. der Vertheilung der Kaufgelder im Kaufgelderbelegungstermin durch die Ausgebliebnen 828 a 3, durch die im Termin Widersprechenden 829. — A. von Substanzveräußerungen des Lehnsbesitzers durch die Lehnsfolger, insbesondere durch die Descendenten 865 a 6, 866 a 7.

Angabe an Zahlungsstatt s. Zahlung.

Animus possidendi 328.

Anlagen an der Grenze, für das Nachbargrundstück schädliche A. 502 ff.

Anlandung. Alluvion s. Ufer.

Anleihen juristischer Personen 108.

Anmeldungen zum G. B. 446, sind unvollständige zurückzuweisen? 446 a 17.

Annahme einer Offerte, Erbschaft s. diese Worte.

Anrüchigkeit 92.

Anschwemmung s. Alluvion.

Ansiedelungen, neue 497 a 11.

Antrag s. Offerte.

Antragsverbrechen. Vergleich über Nichtanzeige eines A. ist gültig 165.

Antichretische Verträge, Form 212 a 17 ff.; 798 ff.; — beim Faustpfand 837.

Antinomie im Landrecht 18.

Anwärter s. Lehn u. Familienfideikommiß.

Anwartschaften auf Lehn 859.

Anweisung. Besitzestradition durch A. 331. — Einreden gegen den Assignatar einer Hypothekenforderung 804.

Anwendungssphäre einheimischer u. fremder Rechte 47 ff.

Anwüchse s. Alluvion.

Anzeichnen. Symbolische Tradition durch A. (z. B. von Bäumen) 330 a 4.

Anzeige wegen doloser Herbeiführung von Trunkenheit oder heftiger Leidenschaften 231 a 5. — A. beim Zwang 233.

Apanage s. Altentheil.

Apotheker, Verjährung ihrer Forderungen 381 a 6, 382.

Apothekerprivilegien sind selbständige Gerechtigkeiten; inwiefern sie Immobiliarcharakter haben 126, 436.

Appellation s. Rechtsmittel.

Apprehensio des Besitzes 328 a 4, 332 ff.

Arbeiter. Pfand- u. Retentionsrecht der A. an den von ihnen gefertigten Sachen im Konkurse des Schuldners 850 a 4. — Verträge über Auszahlung des Lohns an A. anders als in baarem Gelde sind unzulässig 157 a 3.

Armenanstalten, inwieweit sie staatlicher Genehmigung bedürfen 96 a 3, 99; A. haben die Rechte der Minorennen (restitutio in integrum) 304; 40jährige Verjährung gegen A. 399 a 5.

Arrest. Realarrest, Begriff 316. — Arten (schleuniger u. gewöhnlicher) 316. — Voraussetzungen und Objekte 317, Hypotheken 762 a 21; arrestfreie Personen 317. — Einfluß des A. auf den Dritt-

Digitized by Google

arrestaten (Arrestdritten) 317. — Aufhebung des A. 318, durch Erwerb der Sache durch einen redlichen Erwerber nach Art. 306 H. G. B. 422 a 13 sub 8. — Haftung des Arrestanten für den aus der Arrestlegung entstandenen Schaden 319 a 24.

Arrestprotestationen. Begriff, Wirkungen 751 ff.; s. auch Vormerkung.

Artikel = Grundbuchfolien für die Wandeläcker 440.

Assekuranz s. Versicherung.

Assignation s. Anweisung.

Assistenzräthe 18 a 7.

Auctoris nominatio 570.

Auenrecht 523 a 8.

Aufgebot der Realberechtigten. Geschichtliches 424. — Erforderniſſe und Antrag 424. — Fälle 424. — A. falls abgestorbne Eintragungen im Grundbuche existiren? 425 a 6. — A. in Strandungsfällen 523 a 12, beim Fund 534, beim Schatz 536 a 13. — Präklusion u. wer davon betroffen wird, insbesondere das Subhastationspatent 425 ff., 815. — A. der bei der Subhastation zur Hebung gekommenen, dem Aufenthalte nach unbekannten Realinteressenten 830. — A. verlorener Zinsquittungsscheine u. Zinskoupons von Staatspapieren findet nicht statt 766. — A. der Hypotheken u. Grundschulden 757.

Aufhebung der Privilegien 46, der Realrechte u. -lasten 74. — A. juristischer Personen durch den Staat 111.

Auflassung. Geschichtliches 448 ff., 552. — Eigenthumserwerbsart, Begriff 553. Vertrag? 557 a 8. — A. an sich selbst 557 a 7. — Gleichzeitig einkommende Anträge auf Auflassung? 557 a 7. — Voraussetzung der A.; eingetragenes Eigenthum des Auflassenden 555. — A. des Lehns, nicht des Fideikommisses ist zulässig 863 a 5. — A. durch Bevollmächtigte 556 ff. — A. an ideellen Grundstücksantheilen 557. — Irrthum bei der A. 557 a 9. — Simulation 214 a 6. — A. bedarf keiner justa causa; condictio des Auflassenden wegen mangelnder justa causa 557 ff. — Konvalescenz der Mängel in der Form des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts durch die A. 201 a 5. — Form der A. 448 ff., 554 ff. — Prüfungspflicht des Richters 556 a 3. — Die A. leidet keine conditio und keinen dies 553. — Wirkungen der A. 558 ff., insbesondere: bezüglich des Umfangs des aufgelassenen Grundstücks 559; überträgt sie Besitz? 560 a 5; Wirkungen bezüglich der Grundstückspertinenzen 559 a 3, des Gutsinventars 560 a 4, bezüglich des Uebergangs der Gefahr 560 a 8, für den wahren Eigenthümer 556 a 4.

Auflassungsstempel 553 a 6.

Auflösung juristischer Personen 108 ff.; s. auch juristische Person bei Person.

Aufnahme neuer Mitglieder in Korporationen 108.

Aufrechnung s. Kompensation.

Auftheilung der Gemeindegüter 107 a 11; s. auch Gemeinheitstheilung u. Gemeinde.

Auftrag s. Vollmacht.

Auktion, in öffentlicher A. gekaufte Sachen 420. — Gerichtliche A. der Pfandsache nach vorgängiger gerichtlicher Feststellung der Vollstreckbarkeit des Pfandes 839. — Haftung des Gläubigers wegen Mängel dabei 840 a 17. — A. ohne Gericht für konzessionirte gewerbsmäßige Pfandleiher 839, für Kaufleute 839.

Ausdrückliche Willenserklärungen 190 a 9.

Auseinandersetzung bei Beendigung des Nießbrauches 662. — Theilung der Nutzungen des letzten Wirthschaftsjahres 663 a 12, 664 a 14. — A. der Miterben, Einfluß auf die vorher an ihrem Theil bestellten Hypotheken 770. — A. behufs Regulirung des lassitischen Besitzes 470. — Verfahren, Untersuchungsmethode, Instanzenzug 481 ff., Prozeßlegitimation 482, Receß: Erforderniſſe 483, Wirkung u. Ausführung 484 ff., Anfechtung 485 a 11.

Auseinandersetzungsbehörden, Generalkommissionen, deren Kompetenz u. Rechte 481, 483.

Ausfall der Bedingung s. Bedingung.

Ausfertigung der Urkunden 209. — Verabredung derartiger A. vor Abschluß des Geschäfts 217 a 1.

Ausführungsverordnungen in Preußen stehen dem König ausschließlich zu 30; im Reich? 32.

Ausländer. Nach welchen Gesetzen ihre Handlungsfähigkeit zu beurtheilen (statuta personalia) 49. — Rechtsfähigkeit der A. 86, Retorsionsrecht 87. — Landsassiatus plenus 86 a 4. — Beschränkungen der ausländischen Korporationen in der Eigenthumserwerbsfähigkeit 518; s. auch Fremde.

Auslegung s. Interpretation.

Auslosung von Inhaberpapieren hat der Pfandgläubiger zu überwachen? 837 a 12.

Digitized by Google

Ausschließungsrecht beim Bergbau 602 a 18.
Ausschreibung neuer Umlagen bei juristischen Personen 108.
Aussetzung der Subhastation, wer kann sie fordern? 819.
Aussicht, freie (Fensterrecht) 505, als Servitut 704.
Ausstoßung aus der Korporation 102 a 13.
Austausch s. Tausch.
Austritt aus Korporationen 102 a 11, auch 99 a 21.
Ausübung der Privatrechte 69. — Mißbrauch der A., inwiefern derselbe schadensersatzpflichtig macht oder den Verlust des Rechtes zur Folge hat 69.
Ausweichung der Grenzmauer 500 a 9.
Auswerfen von Sachen zur See 338.
Außereheliche Schwängerung s. uneheliche Kinder.
Außerkurssetzen von Inhaberpapieren, Einfluß auf die Vindicirbarkeit derselben 423.
Auszug 724 ff.
Authentische Interpretation der Rechtsquellen 32, der Landesgesetze, der Reichsgesetze 33. — Begriff u. Natur derselben durch Justizministerialreskripte 33.
Autonomie 29 a 2. — A. der ehemals Reichsunmittelbaren 55 a 4.
Autorrecht. Nießbrauch am A. 669.
Avulsum 544, 546.

B.

Bach als Grundstücksgrenze 490 a 7. — Unterschied vom Fluß 584 a 7.
Bäuerliche Dienste. Recht auf solche ist subjektiv dinglich 73. Näheres s. Reallasten.
Bäuerliche Lasten objektiv dinglich 73.
Bäuerliche Gutsverhältnisse 469. — Regulirung derselben und die Fähigkeit dazu 469 ff.
Balken, servitus tigni immittendi 703. — Allgemeines s. Servitut.
Bank, die Reichsbank ist selbständige Persönlichkeit 97 a 7; — sie hat das Recht des außergerichtlichen Verkaufs der Pfandsachen 839 a 11.
Bannrechte, subjektiv dingliche Rechte 73.
Bau, Begriff desselben 505 a 9, 541 a 4.
Baukonsens s. Baurecht.
Bauen. Eigenthumserwerb durch B. 540 ff., insbesondere B. auf fremdem Boden und mit fremden Materialien 540. — B. an der Grenze 542 ff.; s. auch Gebäude.
Bauergut, Einziehung desselben zum Hofgut war verboten 470.
Bauerlohn 858.
Bauern. Gutsverhältnisse der B. u. deren Regulirung s. bei bäuerlich.
Baufälligkeit s. Gebäude.
Bauholzgerechtigkeit 711.
Baum auf der Grundstücksgrenze 489 a 16. — Ueberhängen der B. 500. — B. unterliegen der auf dem Grundstück haftenden Hypothek 771.
Baumaterialien, ob sich eine Hypothek auf ein Gebäude nach dessen Abbruch auf die einzelnen B. erstreckt 417 a 4.
Baurecht. Gesetzliche Beschränkungen des B. (Baukonzession) 495 ff. — Verweigerung des Baukonsenses und ob deswegen eine Entschädigung stattfindet 496; s. auch Gebäude.
Bauten, die in den Luftraum ragen 542 a 9.
Beamte. Unfähigkeit der B. zu gewissen Eigenthumserwerbungen 517 ff.
Bebauungsplan 496.
Bedingung. I. Wesen 172, Wirkung 173 a 4. — Beweislast bei bedingten Geschäften 172 a 3. — Rechtsgeschäfte, die eine B. nicht zulassen 174. — Sicherung bedingter Forderungen durch Arrest 316 a 2. — II. Arten der B. 1) auflösende und aufschiebende B., insbesondere die Vermuthung für die erstere 175 ff. — A. Aufschiebende B. a) Schwebezeit (cond. pendens); absichtliche Vereitlung (Fiktion) der Erfüllung, Klage auf Erfüllung 176 ff. — b) Entscheidung: cond. existit — deficit 178 ff. — Insbesondere bei alternativen B. 178 a 1. — Verweigerte Annahme der B. zu Gunsten eines Dritten 179 a 3, 4. — Erfüllung per aequipollens 178 a 2. — Rückziehung der B. 179 a 6. — c) Klage aus suspensiv bedingten Geschäften, wann sie nata ist 181, 262 a 9. — Eigenthumsübertragung unter einer Suspensiv-B. 521 ff., 549; insbesondere Eigenthumsübertragung an Grundstücken 553. — Eintragung der Suspensiv-B. im Grundbuch 443. — B. Auflösende B. a) Schwebezeit 181, Wirkung des Eintritts (ex nunc u. ex tunc), insbesondere bezüglich der zwischenzeitlichen Nutzungen 181 ff. — b) Eigenthumsübertragung unter einer Resolutiv-B. 521, 182, 549. — Eintragung derselben im Grundbuch 443. — Resolutiv-B.

Digitized by Google

bei Hypotheken 790. Nießbrauch unter e. Resolutiv-V. 651 a 14. — Ertheilung eines Privilegs unter e. Resolutiv-V. 46. — 2) Uneigentliche V. u. deren Wirkungen 182. — V. in praesens u. in praeteritum collata 175 a 13, 182 a 1; unmögliche V. 183 a 4 u. 5; negativ unmögliche V. 183 a 3; unsittliche V. 183, insbesondere bei letztwilligen Verordnungen 157; perplexe V. 183 a 7; unnütze V. 183 a 8; conditio, si volam, si placuerit 183 ff. — III. Bedingtes (qualificirtes) Zugeständniß 172 a 3.

Bedürfniß, Nutzungsrecht nach V. 671.

Befreiungen. Erwerb gewisser publicistischer V. durch Verjährung (50 Jahr) 45 a 9, 401. — Persönliche V. von den Gesetzen 55.

Befristung s. Frist.

Befruchtung eigner Thiere durch fremde, Eigenthumserwerb dabei 537 a 9.

Beglaubigung der Anträge auf Einschreibung im Grundbuch 444 a 6.

Begnadigung. Inwiefern sie eine Rehabilitirung der Ehre enthält 91 a 17.

Beilaßstücke. Zurückerstattung der V. durch den Nießbraucher bei Beendigung des Nießbrauches 662. — Rechte der Lehnsfolger auf die V. bei der Sonderung des Lehns vom Allod 869. — V. des Familienfideikommisses, Inventarisirung derselben 875; s. auch Pertinenz.

Beilbrief, Verpfändung des Schiffs durch denselben 843.

Beistand der Frauen in gewissen Angelegenheiten 93 a 4.

Beitritt zur Subhastation 811.

Belastung. Die dinglichen V. der Immobilien bedürfen der schriftlichen Form 197, wo dieselben im Grundbuch zu vermerken sind 442; s. auch dinglich u. Pfandrecht. — Dingliche V. des Fideikommisses durch den Inhaber bedürfen der Bestätigung des Familienschlusses 876.

Beneficialerbe Recht zum Antrag auf Subhastation 808.

Beneficium excussionis personalis u. realis 737.

Beneficium ordinis 720 a 17.

Berechnung der Zeit 134.

Berechtigung s. Recht und Privilegium.

Bereicherung, Ansprüche aus der V. des Sacheigenthümers gegen den redlichen Veräußerer der fremden Sache 573 a 2; der Vindikationsbeklagten wegen Impensen 574 ff.

Bergbau. Expropriation beim B. 63 a 4, 618 ff.; s. auch Bergwerkseigenthum.

Bergbaufreiheit 600.

Bergbehörde. Kompetenz der B. bei Muthungen 608. — Recht zu Polizeiverordnungen 31 a 12. — Aufsicht über den Umfang u. die Weise des Betriebes 619. — Befugniß zum Subhastationsantrag ohne vorgängiges processualisches Verfahren 811 a 4.

Bergelohn 523.

Bergfeste 631.

Bergrecht. Rechtliche Natur des B. 604.

Bergwerk. Nießbrauch an einem B. 654 a 21. — Ist die „Förderung" eines B. eine Frucht desselben u. unterliegt sie dem Pfandrecht am B.? 773 a 16.

Bergwerksarbeiter haben im Fall der Subhastation des Bergwerks das Vorrecht des Gesindes 826 a 6.

Bergwerksbeamte. Unfähigkeit der B. zu gewissen Eigenthumserwerbungen 518 a 6.

Bergwerkseigenthum. Geschichtliches 599 ff. — Begriff 604 ff. — Gegenstand, die verleihbaren Fossilien 602 ff. — Entstehung des B. 605 ff.; s. auch Schürfrecht. — Muthung, Verleihung, Erfitzung des B. 612 a 7. — Rechte des Bergwerkseigenthümers, insbesondere an dem Zubehör des Bergwerks 617. — Das B. ein Immobile; daher Eintragung im Grundbuch 618, 434 ff. — Petitorische und possessorische Rechtsmittel des Bergwerkseigenthümers 618. — Expropriationsrecht desselben 618. — Vorkaufsrecht, Wiederkaufsrecht des Expropriaten 883 a 8. — Recht des Bergwerkseigenthümers zu Hülfsbauen 619. — Entschädigungs- und sonstige Pflichten desselben gegen den Grundeigenthümer 628 ff. — Veränderung des Bergwerkseigenthums durch Konsolidation u. Theilung 631 ff. — Aufhebung des B. 633 ff.; Nießbrauch am B. 654; s. auch Gewerkschaft u. Kux.

Bergwerksfeld. Gänge, Flötze, Geviertfelder 613 ff.

Bergwerksgerechtigkeiten, relativ unschätzbare Sachen 128 a 8.

Bergwerkskuxe s. Kux.

Bergwerksregal 599 ff.

Bergzehnten 600.

Bernstein. Okkupation des B., Regal 523 a 9.

Berufsstand. Einfluß des B. auf die Rechtsfähigkeit 88.

Beschädigung s. Verschuldung.

Digitized by Google

Beschlagnahme, Einfluß auf die Hypothek 772 ff. — B. der Fllaten des Miethers durch den Vermiether 852 ff. — B. der Grundstücksrevenüen s. Revenüen. — B. der Lehnseinkünfte 867. — B. durch Einleitung der Subhastation 843; s. auch Subhastation. — Im Uebrigen s. Arrest.

Beschränkungen. Gesetzliche B. des Eigenthums s. Legalservituten, — insbesondere des Baurechts s. Baurecht.

Beschwerde gegen Verfügungen in Grundbuchsachen 433, B. gegen die Adjudikatoria 820 ff.; s. auch Rechtsmittel.

Besiegelung der Urkunden 199 a 5, 444 a 5.

Besitz. I. Begriff 321. — II. Eintheilungen: vollständiger u. unvollständiger B. 324. — Der vollständige Besitzer ist zur Pfandklage passiv legitimirt 801; Faustpfandgläubiger unvollständiger Besitzer 836; civilis juris possessio 324 a 2. — Rechtmäßiger, redlicher, unredlicher, unrechtfertiger B. 325; verschiedene Ersatzpflicht bezüglich der Früchte der Vindikation gegenüber 571; bezüglich der Verschlechterungen 573. — Präsumtion für die Redlichkeit, Unredlichkeit u. Rechtmäßigkeit 326 a 13, 342 a 3, 273 a 10. — Einfluß der Klagbehändigung hierbei 277 ff. — Fruchterwerb des redlichen Besitzers 536; Retentionsrecht desselben 848. — Abgeleiteter B. 324. — III. Subjekt u. Objekte des B. 326 ff. — IV. Erwerb des B. (animus u. corpus) 328. — Besitzerwerb durch Tradition 328 ff.; Näheres s. Tradition. — Apprehension, Okkupation 333. — Besitzerwerb durch Stellvertreter 334 ff., nach wessen Person sich dabei die Redlichkeit oder Unredlichkeit des B. richtet 337 a 10, insbesondere bei der Ersitzung 390 a 6. — Besitzerwerb durch Mitglieder der Korporationen für diese ohne Vollmacht 104 a 10. — V. Verlust des B.: corpore, Entsetzung 338 ff. — Befugte? 348 a 14. — Die Entsetzung macht nicht des Faustpfandrechts an der Sache verlustig 833. — Aufgabe des B. 340. — Tod des Besitzers 340. — Eintritt der Beendigung und Endtermin 341. — Besitzverlust im Fall der Stellvertretung 341. — VI. Wirkungen des Besitzes: Rechte und Pflichten des Besitzers 342 ff.; Faustpfandgläubiger hat possessorische Rechtsmittel 836; inwiefern auch bei symbolischer Verpfändung 844. — Der Besitzschutz, rechtliche Begründung desselben 344 ff. — Besitzklagen (possessorische): 1) Geschichtliches über die interdicta recuperandae, retinendae possessionis, unde vi, uti possidetis, de clandestina possessione, de precario 344 ff.; 2) das possessorium ordinarium des gemeinen Rechts 345 ff.; 3) possessorium ordinarium des Landrechts mit petitorischem Charakter 346 a 11, 577 ff.; 4) possessorium summariissimum des Landrechts 346 ff. — Zweck, Verfahren, Rechtsmittel 347. — Voraussetzung: a) ruhiger B., Aktivlegitimation, Einwand des fehlerhaften B. 348. — b) Störung oder Entsetzung mit Gewalt, List, heimlich, bittweise; und der bessere B. 349. Passivlegitimation 350. — c) Neuerliche Störung (6 Monate) 347 ff. — d) Das Urtheil, judicium duplex (Strafen geg. künftige Besitzstörungen) 350. — 5) Klagen auf Schadensersatz wegen Verletzung des Besitzstandes: Historisches und Erfordernisse 351. — Bemessung des Schadens 352. — VII. Klage des Besitzers gegen den Schlechterberechtigten, actio Publiciana: Geschichtliches 577. — Aktivlegitimation u. Nachweis des schwächeren Rechts des Beklagten 578 ff. — Petitum 579. — VIII. B. an Rechten: Historisches 352. — Begriff, Umfang, Gegenstände (Familienrechte, affirmative u. Vermögensrechte) 352 ff. — 2) Erwerb: Bei affirmativen Rechten 354. — Bei negativen Rechten durch Ausübung 355. — Bei Untersagungsrechten 356. — 3) Verlust des Rechtsbesitzes 356 ff. — IX. B. als Voraussetzung der Ersitzung s. Verjährung. — B. im Normaljahr s. Verjährung. — X. B. als Modus des Eigenthumserwerbs 416. — XI. Vindikation gegen den Besitzer, qui dolo malo possidere desiit und qui liti se obtulit 573. — Gegenansprüche des Besitzers gegen die Vindikation wegen Verwendungen und Meliorationen 574 ff., auf Erstattung des Kaufpreises 575.

Besitzeinweisung bei der Expropriation 68, durch den Exekutor 339 a 5, bei der Subhastation 822; s. Einweisung.

Besitzergreifung s. occupatio.

Besitztitelberichtigung 441.

Bestandtheile einer Sache, inwiefern sie zur Substanz derselben gehören, und inwiefern sie nur Zubehör sind 121.

Betagte Forderung s. Zeit.

Betrug. Begriff 228; actio und exceptio doli, Rescissions- u. Differenzklagen 229. — Betrügerisches Verschweigen von Thatsachen 229 a 5. — Lügnerische Aeußerungen über eigne Vorsätze B.? 229 a 4. — Folgen des B. für das durch denselben veranlaßte Geschäft (dolus causam

Digitized by Google

dans u. incidens) 229. — B. eines Dritten 230 a 9.
Beute 531.
Bevollmächtigung s. Vollmacht.
Bevormundete s. Minderjährige u. Vormundschaft.
Bewässerungen. Gesetzliche Eigenthumsbeschränkung zum Zweck der B. 492. — B.'sanlagen an Privatflüssen mit und ohne polizeiliche Genehmigung, u. zwangsweise Genossenschaften zum Zweck derselben 589. — Expropriation für B. 63 a 4; s. auch Vorfluth.
Bewegliche Sachen s. Mobilien. — Bewegliches Vermögen 126.
Bewegungsgrund 216. — Irrthum im B. 226 a 15.
Beweis eines Gewohnheitsrechtes oder einer Observanz 40 a 7. Ausländischen Rechts 48 a 3. — B. zum ewigen Gedächtniß zur Feststellung des Zustandes eines durch den Lehnsbesitzer veräußerten Lehngutes auf Antrag der Anwärter 864.
Beweislast. Vertheilung der B. in Processen 267 ff. — Beweis der Negative bei Exmissionsklagen, Kündigungsklagen wegen nicht gezahlter Zinsen und Klagen aus einem durch Verjährung erworbenen Rechte 268 a 13. — Bei Bedingungen 172 a 3, bei der a. negatoria 582, bei der hypothekarischen Klage 801. — S. auch Präsumtion.
Beweistheorie, freie 267 a 10.
Bewilligung einer Einschreibung, muß sie ausdrücklich sein? 445 a 12, 740 a 3; die Bewilligung einer Hypothek muß unbedingt, die bewilligte Hypothek kann bedingt sein 744.
Bezirksregierungen. Delegation der gesetzgebenden Gewalt an die B. in gewissen Fällen 31 a 12.
Bienen. Okkupation der B.-Schwärme 530.
Binnenfischerei, Begriff 527 a 4; s. Fischerei.
Bischofsstuhl hat Korporationsrechte 98 a 14.
Blankocession von Grundschulden 763, s. Cession. — B. der Neukure 625.
Blenden in Mauern 488.
Blinde. Handlungsfähigkeit der B. 140 a 1. — Form ihrer Verträge 211 a 6.
Blödsinn. Begriff 147. — Einfluß auf die Handlungsfähigkeit 148.
Blödsinnige. Gerichtliche Interdiktion der B. 148 a 7. — Vermuthungen bei Verträgen mit B. 148 a 4. — Verjährung gegen B. 368.
Blödsinnigkeitserklärung 148 ff.
Blutzehnten 722 a 12.
Börsengeschäfte, Usancen bezüglich der Liquidationstermine derselben 247 a 10.
bona fide Erwerb, in welchen Fällen giebt er Eigenthum? 420 ff.; Einreden gegen die Vindikanten 575; s. weiter Glauben.
Boten. Vertragsofferten durch B. 220 a 8.
Brandentschädigungsgelder s. Versicherung.
Brennholzgerechtigkeit 711.
Bretterverschlag kein Gebäude 505 a 9 unter 2.
Brevi manu traditio 331; schriftliche Form bei Objekten über 150 Mark 352 a 12.
Brunnen, können sie Gegenstand besondern Eigenthums und der Subhastation sein? 487 a 2.
Buchten werden wie schiffbare Flüsse behandelt 585.
Bürgerliche Nahrung. Adel und Bauernstand waren von derselben nach Landrecht ausgeschlossen 88.
Bürgerlicher Tod 76 ff.
Bürgersteig. Nutzung des B. durch die angrenzenden Hauseigenthümer 487 a 7, Erhaltungspflicht 488 a 9.
Bürgervermögen 107 a 11.
Bürgschaft. Form der B. 197 a 12. — Wirkung einer rechtskräftigen Verurtheilung des Hauptschuldners auf den Bürgen 299 a 14. — Wirkung der Unterbrechung der Klagverjährung gegenüber dem Bürgen auf die Verjährung gegen den Hauptschuldner 376 a 24. — B. für eine verjährte Schuld 379.
Bundeskonsuln, wann ihre Beurkundungen die Kraft notarieller Urkunden haben 209 a 12.

C.

Causa justa traditionis s. Tradition. — Bei Auflassungen bedarf es keiner justa causa 557.
Cautio de non turbando 581 a 12.
Certifikat, Bescheinigung über das Eigenthum an Schiffen; auf dem C. muß die Verpfändung des Schiffes vermerkt sein 844.
Cession. I. Form 197 a 12. — II. C. v. Hypotheken, formelle Erfordernisse 758. — Bildung des Hypothekendokuments, wo ein solches noch nicht gebildet ist 755 a 4. — Ob die Umschreibung im Grundbuche erforderlich ist 759. — Theilcessionen 760. — Hypothek u. persönliche

Digitized by Google

Forderung dürfen nicht getrennt cedirt werden 760. — Worauf sich die C. erstreckt 761. — Haftung des Cedenten 761. — Kosten der C. u. Eintragung 761 a 20. — Gesetzlich nothwendige C. von Hypotheken 762. — Vorzugsrecht bei mehrfacher C. 762. — C. von Gesammthypotheken an Mehrere ist nichtig 776. — C. der Priorität einer Hypothek 785. — Einfluß der Cession von Hypotheken u. Grundschulden auf die ihnen entgegenstehenden Einreden 803 ff. — III. Blankocession der Grundschuld und Behandlung derselben 763 ff., der Kurze? 625 a 6. — IV. Besondere Fälle der C.: C. der Rechte des Erstehers aus dem Zuschlag in der Subhastation 821. — C. des Anspruchs auf Auflassung 555 a 1. — C. der Vindikation 569, des Schürfrechts 608, des Rechts aus der Muthung 612 a 5. — V. Wirkungen der C. der Forderung aus einem rechtskräftigen Mandat bezüglich des nachfolgenden Separatanspruches; gegen wen (Cedent oder Cessionar) die Nachklage zu richten ist 302 a 10. — Der gesetzliche Hypothekentitel des Fiskus geht auf den Cessionar nicht über 748 a 8. — VI. C. künftiger Miethe- u. Pachtzinsen auf mehr als ¼ Jahr zum Nachtheil der Pfandgläubiger verboten 774.

Civilis computatio 134.

Civiliter uti bei Servituten 686.

Clandestina dejectio s. Besitz.

Clausula cum libera bei Vollmachten 165 a 1.

Commissoria lex 410, 432 a 3, 798 a 7.

Commixtio s. Vermengung.

Compascendi, compascui, compasculationis reciprocum jus 706 ff., 708 a 15; s. auch Weidegerechtigkeit.

Condictio wegen Rechtsirrthum 38; indebiti c. auf die von einem Handlungsunfähigen auf ein ungültiges Geschäft geleisteten Zahlungen 141 a 6; wegen Zahlung auf ein noch bedingtes Geschäft 176 a 1. — Auf Rückgabe des sub modo Gegebenen 186 ff. — C. des Auflassenden gegen den Aufgelassenen wegen mangelnder justa causa der Auflassung 558. — Rückforderung geleisteter Zahlung auf Grund späterer anderweitiger, authentischer Interpretation des Gesetzes, auf welchem die Zahlung beruhte 33 a 2. — C. des auf einen richterlich, z. B. durch Urtheil, festgestellten, aber auf Simulation beruhenden Anspruch hin in der Exekution Geleisteten 214 a 6.

Conjunctio s. Verbindung.

Constituendi oder confirmandi jus bei Korporationen 95 a 6.

Constitutum possessorium 331; Form bei Objekten über 150 Mark 332 a 12. — Verpfändung von Mobilien durch dasselbe? 832. — Unzulässigkeit bezüglich der Theile körperlicher Sachen 327 a 10.

Consuetudo legitime praescripta, Erforderniß der Observanz 39 a 4; s. auch Gewohnheit u. Observanz. — C. revertendi 338 a 4.

Conventionalia privilegia 44 a 7, deren Interpretation 45 a 2.

Coinvestitura juris communis s. Longobardici 860 a 11.

Culpa s. Verschuldung.

Custodia 251.

D.

Dachtraufen nach dem Nachbargrundstück 500 a 8.

Damnum emergens 253. Näheres s. unter Verschuldung.

Dampf, Immission von D. auf das Nachbargrundstück 502 ff., insbesondere bei Eisenbahnen 503 a 21.

Darlehn. Vertragsform 197. — Anfang der Verjährung aus dem auf Kündigung gestellten D. 370 a 8. — Klagverjährung bei den verzinslichen D. 372 a 14.

Datio in solutum s. Zahlung.

Deichanlagen, Expropriation zu D. 63 a 4, 66.

Deichgenossenschaften, absolut privilegirte Gläubiger bei Subhastationen 826.

Deichpflicht ist nicht ablösbar 474. — Gesetzliche Eigenthumsbeschränkungen im Interesse der D. 492 a 2. Befreiung von der D. soll nicht ersessen werden 387 a 6.

Dejektion s. Besitz unter Nr. V. — D. als Unterbrechungsgrund bei der Ersitzung s. Verjährung.

Delikt s. Verschuldung.

Deliktsansprüche nach welchem Ort zu beurtheilen? 53 a 4.

Denunciation bei Hypothekencessionen 758, bei Blankocessionen von Grundschulden 765. — Pflicht des Pfandnehmers zur D. bei Verpfändungen von Forderungen 845; desgleichen des Nießbrauchers bei Nießbrauch an Kapitalien 652, 665. — D. an den Miether durch den Käufer der Miethssache wegen der Miethszinsen 678.

Depositon s. Hinterlegung.

Dereliktion 522 a 5. — Okkupation derelinquirter Sachen 523. — D. des

Digitized by Google

Nießbrauchs 651 a 12, 658 a 14; der Superficies 674. — Wird der eingetragene Eigenthümer durch D. des Grundstücks von der Pflicht befreit, sich auf die gegen ihn als solchen gerichteten Klagen einzulassen? 460 a 5.

Descendenten. Succession der D. in das Lehn s. Lehn.

Detention s. Gewahrsam.

Deterioration, zufällige s. Gefahr; verschuldete s. Schaden. Besondere Fälle der D.: D. des Nießbrauchers u. Klage deswegen 659 ff. — D. der Pfandsache durch den Pfandschuldner u. Klage wegen derselben 799, sowie durch den Reallastschuldner 721 a 8. — Pfandrecht des Vermiethers u. Verpächters an den Illaten des Miethers u. Pächters wegen deren D. 852. — Rechte der Lehnsanwärter wegen D. des Lehngutes durch den Lehnsbesitzer 864. — Haftung des Lehnsbesitzers für D. bei der Lehnssonderung 869 a 12. — Kompensation gegen Meliorationen dabei 870.

Deutsches Reich s. Reich.

Deutschkatholiken entbehren der Korporationsrechte 99.

Devastationsklage s. Deterioration unter den besonderen Fällen.

Dieb hat nach römischem Recht Besitz, nach Landrecht Gewahrsam 323, ihm steht das possessorium summariissimum zu 348 a 12. — Von D. gekaufte Sachen kann Käufer nicht ersitzen 389 a 15, 16.

Dienstbarkeiten s. Servitut.

Dienste. Recht auf bäuerliche D. 74; s. auch Reallasten.

Dies s. Frist u. Zeit.

Diffamationsklage, Verhältniß zur actio negatoria 579 a 1.

Differenzklage beim Betrug 229 ff.

Diffession der Urkunden 200 a 9.

Diffessionseid 200 a 9.

Dilatorische Einreden s. Einreden.

Diligentia s. Verschuldung.

Dinglich. Subjektiv dingliche Privilegien 43. — Die d. Vermögensrechte. A. Allgemeines. Begriff 71. — Erwerb derselben, modus 416, titulus 416 ff. — Translation der d. Rechte (pretium succedit in locum rei) 417 ff. — Erlöschen der d. Rechte an Mobilien durch Veräußerung Seitens eines Nichtberechtigten 418 ff. Näheres s. bei Eigenthum VII B. — Vernichtung der dinglichen Rechte durch Präklusion im Aufgebotsverfahren 424 ff.; s. auch Aufgebot. — B. Die einzelnen d. Rechte. I. Das Eigenthumsrecht s. Eigenthum. — II. Die d. Rechte an fremder Sache. Allgemeines: 1) Begriff 72, 409, 635 ff. — 2) Gegenstände 636. — D. Rechte an eigner Sache 636. — 3) Die Entstehung 409. — 4) Die Eintragung derselben im Grundbuch u. deren Wirkungen 435, 442 ff., 637 ff. — Folgen der Unterlassung der Eintragung 639. — Wirkung der Kenntniß von dem Bestehen eines älteren d. Rechts 639 ff. — Verfahren bei noch nicht angelegtem Grundbuchblatt 641 a 20. — Löschung der d. Rechte 641 ff. — 5) Schutz der d. Rechte an fremder Sache s. Konfessorienklage. — 6) Die einzelnen Arten der d. Rechte an fremder Sache 73, 410: a) (subjektiv persönliche) Nutzungsrechte, vollständige s. Nießbrauch; unvollständige s. superficies, Miethe u. Pacht, Servituten, Reallasten, Bergwerkseigenthum. — b) d. Rechte auf die Substanz: diejenigen auf künftige Uebertragung (s. Lehn, Familienfideikommiß u. Vorkaufsrecht) u. das Pfandrecht (s. dieses) 410.

Direktionsprincip beim Bergbau 600 ff.

Diskontinuirliche Rechte s. unständige.

Dispensation von Gesetzen 44 a 4.

Distancekauf, Uebergang von Eigenthum u. Gefahr dabei 551.

Distriktsverleihung beim Bergbau 600.

Dividende, Rechte des Aktiennießbrauchers auf die D. 666 a 2. — Erstreckt sich das Pfandrecht am Papier auch auf die Dividendenscheine? 835.

Dolus s. Betrug. — Bezüglich des Schadensersatzes s. Verschuldung. — Dolose Verheimlichung der Handlungsunfähigkeit 141 a 10.

Domainen brauchen im Grundbuche nicht eingetragen zu werden 435. — Immemorialpräskription der D. 401.

Domainenbeamte sind zu gewissen Eigenthumserwerbungen unfähig 517.

Domainenpächter können die Gutserzeugnisse symbolisch verpfänden 843 a 10.

Domainenrente 475 a 10.

Domicil s. Wohnsitz.

Dominium s. Eigenthum. — Pactum reservati d. bei Grundstücken 746 ff.

Dorfgemeinden sind Korporationen 97. — Das Korporationsvermögen der D. ist der Gemeinheitstheilung nicht unterworfen 477. — Beschränkungen der D. im Erwerb von Rittergütern 519.

Dotalhypothek 749.

Dritte im Sinn der G. B. O. 641 a 18.

Digitized by Google

Drittarrest s. Arrest.
Drohung, Einfluß derselben auf Willenserklärungen u. Behandlung 231 ff.
Druckfehler der Gesetze 96.
Düngergruben an der Grenze 504.
Duplex judicium s. judicium.
Durchfahrt. Servitut der D. 705.

E.

Ediktalien bei Todeserklärungen 84; — s. auch Aufgebot.
Effekten als Mobilien 125 a 5.
Ehe. Eine erzwungene E. wird durch 6wöchentliche Fortsetzung vollwirksam 232 a 5. — Urtheile über das Bestehen oder Nichtbestehen einer E. wirken auch gegen die Verwandten der Ehegatten 297 a 4.
Ehefrauen. Beschränkte Handlungsfähigkeit der E. 140; inwieweit sie des ehelichen Beistandes bedürfen 93. — Gerichtliche Form der Verträge, durch welche sich die E. dem Manne verbindlich macht 93 a 7. — Gesetzliches Pfandrecht der E. am Vermögen des Mannes 748. — Vindikationsrecht der E. ohne den Mann? 569. — Ueber die Legitimität nachgeborener Kinder der geschiedenen E. entscheidet das Datum der Rechtskraft des Scheidungsurtheiles 286 a 10.
Ehegatten. Güterrecht der E. richtet sich nach dem ersten Ehedomicil 54. — Nach welchen Gesetzen sich das Intestaterbrecht der E. richtet 58 a 3. — Form der Verträge über das Vermögen der E. vor und nach Abschluß der Ehe 212. — Zwischen E. ist die Verjährung ausgeschlossen 366. — Mobilien der Ehefrau des Miethers, sind sie dem Pfandrecht des Vermiethers unterworfen? 853.
Ehegelöbnisse, Form derselben 212. — E. dürfen nicht bedingt sein 174 a 8.
Ehelosigkeit. Verträge über die E. 154 a 1.
Ehemänner Recht über die Ehefrauen 93, 140; deren Vertretung erfolgt im Verfahren vor den Auseinandersetzungsbehörden ohne Vollmacht, und gegen den Willen der Ehefrau 482. — Recht des E. zur Konsensertheilung bei gewissen Handlungen der Frau ist an seine Person gebunden 237 a 18.
Ehemündigkeit 145.
Ehescheidungsurtheil. Das Datum der Rechtskraft des E. 286. — Dies Datum entscheidet über die Legitimität des nachgeborenen Kindes einer geschiedenen Ehefrau 287.
Eheschließung der Verschwender 150 a 5.
Ehre. Einfluß des Mangels der bürgerlichen Ehre auf die Rechtsfähigkeit 89. — Privatrechtliche Nachtheile 91.
Ehrlosigkeit s. Ehre.
Eid. Zur Ableistung und zum Erlaß des E. ist Specialvollmacht nöthig 238. Unfähigkeit zum E. wegen Verlust der bürgerlichen Ehre? 90 a 8.
Eigenschaften einer Person oder Sache; Bedeutung? 226 a 13.
Eigenthümer. Hypothek u. Grundschuld des E. 738, 790 ff. — Verfügungsrecht des E. über die Pfandsache 797. — Mitbieten des E. bei der Subhastation seines Grundstücks 819; s. auch Eigenthum und Grundeigenthümer.
Eigenthum. I. Geschichtliches und Begriff 404. — Begriffsbestimmung nach Landrecht 406. — II. Getheiltes E. (Ober- und Unter-E.) nur noch bei Thronlehn 407 ff., 469, 856; sonst aufgehoben 407 ff., 855, 863. — III. Miteigenthum s. dieses. — IV. Umfang des Eigenthumsrechtes 486, insbesondere an Grundstücken 487. — Eigenthumsgrenzen und Präsumtion für dieselben 488. — V. Gesetzliche Beschränkungen des E. s. Legalservituten. — VI. Erwerb des E. 1) Fähigkeit dazu und Ausnahmen 517. 2) Erwerbsarten, mittelbare und unmittelbare, Begriff 519. — Die auf der Regalität beruhenden Erwerbsarten 519 ff. — Uebertragung des E. unter dies und conditio 520 ff. — 3) Die einzelnen Erwerbsarten: die unmittelbaren 522 ff., die mittelbaren 546 ff. — Eigenthumsübertragung und Eigenthumsübergang bei der Tradition s. Tradition. — Uebergang des E. von Grundstücken im Auseinandersetzungsverfahren durch die Bestätigung des Recesses ohne Tradition 483; mit dessen vorläufiger Ausführung 484. — Erwerb des E. an Trennstücken s. Trennstücke, — durch Auflassung s. Auflassung, — durch Ersitzung s. Verjährung. — Der Erstinktiverjährung ist das E. nicht unterworfen 361 a 6, — durch den Zuschlag im Subhastationsverfahren s. Subhastation, — in Folge Cession der Vindikation 548. — VII. Die Geltendmachung des E.: A. Recht auf Eintragung im Grundbuch, Erfordernisse und Klagbarkeit dieses Rechtes 567 ff., 441. — Rechte aus der Eintragung 567 ff. — B. Die Eigenthumsklage (vindicatio) 568. — Forum der Eigenthumsklage 569 a 2. — Voraussetzungen 571. — Aktiv- und Passivlegitimation 569; der eingetragene Eigenthümer ist aktiv und passiv legitimirt 459 ff. — Nominatio auctoris

Digitized by Google

570. — Zweck der Vindikation und Umfang der Verurtheilung des Beklagten, insbesondere auch bezüglich der Früchte der vindicirten Sache 571. — Kautionsbestellung bei der Vindikation nach römischem Recht 315. — Verhältniß der Vindikation zur actio ad exhibendum 315 a 3. — Vindikation von Wechseln und indossablen Papieren 423. — Vindikation der übersendeten Waaren durch den Absender, wenn der Käufer (Adressat) in Konkurs geräth 551 ff. — Vindikation eines Grundstücks durch den Tradenten, der dasselbe nicht aufgelassen hat 561. — Fälle, in denen der redlicherweise von einem Nichtberechtigten Erwerbende gegen die Vindikation geschützt ist. Kauf vom Fiskus, in öffentlicher Versteigerung 420; aus einem Laden in Handelsgeschäften 421. — Vindikation von Geld 421. — Voraussetzungen dieser Nichtvindicirbarkeit; wann insbesondere der gute Glaube vorhanden gewesen sein muß 422 a 13. — Verjährung der Vindikation 361 ff. — Die des eingetragenen Eigenthümers verjährt nicht 568. — Einreden gegen die Vindikation s. Einrede. — C. Geld- resp. Schadensersatzklagen neben der Vindikation 572; insbesondere gegen den qui dolo malo desiit possidere, und qui liti se obtulit 573. — Schadensersatz wegen Verschlechterungen 574. — D. Gegenansprüche des Besitzers gegen die Vindikation s. Besitz unter Nr. XI. — E. Publiciana actio s. Besitz unter Nr. VII. — F. Die Negatorienklage s. diese.

Eigenthumsklage s. Eigenthum unter Nr. VII.

Einrede. Begriff 269 ff. — Historisches 270. — Beweislast 270. — Qui excipit, non fatetur 271 a 5; dabei Theilung der Zugeständnisse 271 a 7. — Arten der Einreden: Peremptorische und dilatorische 271. — Exceptio doli generalis 270 a 3. — Einzelne Fälle dieser Einrede: gegen dolose Geltendmachung der Ungültigkeit eines Vertrages, z. B. 171 a 15; 214 a 8; 692 a 4. — Andere Fälle s. noch 694, 678. — Exceptio doli gegen Hypotheken und Grundschulden 804. — Exceptio libelli inepti 270 a 4. — Personae et rei cohaerentes, in rem und in personam 271 a 8. — Exceptio rei judicatae s. Rechtskraft des Urtheils bei Urtheil IV. — E. der Klagverjährung s. Verjährung. — Exceptio non adimpleti und non rite adimpleti contractus und Verjährung derselben 386. — E. gegen die Vindikation des eingetragenen Eigenthümers 459. — Exceptio rei venditae et traditae gegenüber dem eingetragenen Eigenthümer 562 ff. — E. gegen die Pfandklage 802 ff., 738, insbesondere gegen eine Kautionshypothek 805 a 10; gegenüber nicht verbrieften Hypotheken 805 a 12. — Bei der Rekognitionshypothek 753. — Verjährung der E. 385.

Einschreibungen im Grundbuche, entweder Eintragung oder Löschung: I. Begriff und was in den einzelnen Abtheilungen einzutragen ist 441. — II. Erforderniße der E. 1) Anträge 443 ff.; Form derselben 444. — Zurückweisung unsubstantiirter Anträge 446. — Datirung der Anträge 445 ff. — 2) Bewilligung des Eigenthümers 445 a 12. — Ausnahmen von diesem Erforderniß bei Eigenthumseintragungen 567 ff., wodurch die Bewilligung ersetzt wird 445 ff. — III. Form der E. 447 a 18. — IV. Rangordnung der E. insbesondere bei gleichzeitigen Anträgen 451; bei kollidirenden Anträgen 452. — Priorität der E. 452 ff.; durch die E. wird die Priorität der Hypotheken bestimmt 783. — Wirkung eines Fehlers des Richters in der Rangordnung der E. 453 a 11; s. auch Pfandrecht und Priorität. — V. Anfechtbarkeit der E.: nichtige E. 454; dieselben sind von Amtswegen zu entfernen 454 a 4. — Gefälschte E. 803. — Unrichtige E. 454. — Entkräftbare E. 455. — Anfechtung hypothekarischer Eintragungen durch gleich- oder nacheingetragene Gläubiger 786 ff., auch gegen die Eigenthümerhypothek 795 a 9. — VI. Der öffentliche Glaube der E. s. Grundbuch. — VII. Eintragung des Eigenthums s. Auflassung. — VIII. Eintragung und Löschung der dinglichen Nutzungsrechte s. diese bei dinglich. — IX. Hypothekarische Eintragungen und Löschungen s. Pfandrecht.

Einseitige Verträge, Begriff 138 a 2.

Eintragung im Grundbuch, hieraus folgende Klaglegitimation, Einreden gegen dieselbe 459, s. auch Einschreibung.

Eintrittsrecht, jus offerendi 432 a 3, 762 a 22, 783. — E. des Vorkaufsberechtigten und die Erforderniße desselben 885 ff. Näheres s. Vorkaufsrecht.

Einweisung der Verwandten in das Vermögen eines Verschollenen 85 ff. — Haftung und Alimentationspflicht der Eingewiesenen bei Rückkehr des Verschollenen oder Auftreten nicht präkludirter Erben 85. — E. des Adjudikatars in der

Digitized by Google

Subhastation 822, derselbe trägt die Kosten der E. 826.

Eisproduktion im Privatfluß 589 a 11.

Eisenbahnen. Expropriation für E. 63. — Vorkaufsrecht des Expropriaten 883 ff. — Pflicht zur Instandhaltung und zum Betrieb der E. 493 a 12. — Eisenbahnconcession als Privileg 44 a 5. — Exklusivität der Concession? 45 a 4. — Haftpflicht der E. wegen des durch sie verursachten Rauches, den Adjacenten gegenüber wegen Schadens durch Tunnel? 499 a 5. — Die Territorien der E. brauchen im Grundbuche nicht eingetragen zu werden 435.

Embryo. Rechtsfähigkeit des E. 79 ff. — E. als Fideikommißfolger 876, 880 a 2.

Emancipation; sie darf nicht bedingt sein 174.

Emphyteuse 405 a 5.

Endtermin s. Zeit.

Endzweck, Begriff, Behandlung, Rückforderung des sub modo Gegebenen 186. — Wirkung des Eintritts und Klage auf Erfüllung des E. 187. — Ob diese Klage auch einem Dritten zusteht 187.

Enteignung s. Expropriation.

Entkräftbarkeit der Rechtsgeschäfte 138.

Entsagung. Begriff 168 ff. — Inwiefern sie eine Schenkung enthält 169 a 2. — Form 170 ff., 195 a 5; sie muß bestimmt geschehen; es ist Specialvollmacht erforderlich 170, 238. Arten: Erlaß und Verzicht 169 ff.; stillschweigende E. 171 a 15. — E. auf Einwendungen, insbesondere die der Verjährung und des dolus 169; Wirkungen der E. 171 ff. — Erbentsagung vor der Delation der Erbschaft 169 a 3. — Die Erbentsagung darf nicht bedingt geschehen 174 a 10. — E. des Nießbrauchs 651 a 12, 658 a 14, der Superficies 674. — Verzicht auf Grundgerechtigkeiten 699.

Entschädigungspflicht des Staates bei Aufhebung von Privilegien 47, bei Erlaß neuer Gesetze mit rückwirkender Kraft bezüglich bereits entstandener Privatrechte 62; s. auch Expropriation. Im Uebrigen s. Verschuldung.

Entscheidungsgründe: Rechtskraft derselben 292 ff. — Mangel der E. als Nichtigkeitsgrund 292 a 2.

Entsetzung s. Besitz V. Als Unterbrechungsgrund bei der Ersitzung s. Verjährung.

Entwässerung. Expropriation zu E.-Anstalten 63 a 4. — Zwangsweise Bildung von Genossenschaften zu E.-Anlagen 492, 592 a 14.

Entwährung s. Gewährleistung.

Erbe. Die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes eines E. wird nach seinem Bewußtsein, nicht nach dem des Erblassers beurtheilt 325 a 12. — Ersitzung des E. von Sachen, welche sich in der Erbschaft vorfinden 392 a 15. — Wirkung eines auf Anerkennung der Erbenqualität ergangenen Urtheils für die Gläubiger und Legatarien 298. — Eintragung des Erben als Eigenthümer im Grundbuch 567. — Miterben können, ohne als Eigenthümer eingetragen zu sein, auflassen 555 a 2. — Ideelle Antheile von Miterben am Gesammtvermögen als Gegenstand von Hypotheken 770. — Beneficialerbe: die von demselben beantragte Subhastation gilt als nothwendige 809, 680 a 19; er bedarf zum Subhastationsantrage keines vorgängigen Processes 811 a 4.

Erbfolge, nach welchem Gesetz sie zu beurtheilen ist dem Orte nach 51 a 8; der Zeit nach 58 a 3. — E. bei Lehn siehe Lehn.

Erblehn 862, 863 a 18.

Erbpacht; Obereigenthum des Erbverpächters ist aufgehoben 408 a 10. — Er bewirkte keine Konfusion, wenn der Erbpächter Eigenthümer der dienenden Sache war 701 a 12.

Erbpachtskanon s. Reallasten.

Erbrecht, ob dasselbe ersessen werden kann 387 a 3.

Erbschaft. Annahme der E. darf nicht bedingt geschehen 174 a 10. — E. als Vermögensinbegriff; Verkauf einer solchen 120 a 7. — Nießbrauch an einer E. 670. — Behandlung der Erbschaftsschulden 670 a 5.

Erbstollen 615. — Vorrechte des Erbstöllners, wenn er bis zur Erbteufe gelangt 616. — Enterbung des Erbstöllners 616 ff.

Erbstollengerechtigkeit bedarf eines besonderen Grundbuchblatts 639 a 10.

Erbteufe 616.

Erbtochter bei Weiberlehn 862. — Beim Fideikommiß 881 a 5.

Erbverträge, gerichtliche Form 211.

Erbzinsgut. Das Obereigenthum am E. ist aufgehoben 407, 469.

Erbzinskanon s. Reallasten.

Erd-, wand-, band-, niet- und nagelfeste Gegenstände, Pertinenzqualität derselben 123 a 10.

Digitized by Google

Erfüllung der Bedingung s. Bedingung. — E. der Verträge, beiderseitige, ersetzt den Mangel der schriftlichen Form 201 ff.; inwiefern bei Immobilien 203 a 16; einseitige E. giebt ein Wahlrecht auf Rückforderung oder auf Vergütung 202.

Erfüllungseid s. Eid.

Erfüllungsort, maßgebend für die Gesetze, nach denen Kontraktsobligationen zu beurtheilen sind 52 a 2. — E. der Hypotheken, Grundschulden und Zinsquittungsscheine 779. — Bedeutung des E. für die Interpretation der Verträge 247.

Erfüllungszeit der Handelsgeschäfte 247 a 10.

Erhöhungen des Bodens an der Grenze 504 a 5.

Erkenntniß s. Urtheil.

Erker an der Grenze 500 a 8.

Erlaß s. Entsagung.

Ernennung von Korporationsbeamten 108 a 2.

Erniedrigung des Bodens an der Grundstücksgrenze 504 a 5.

Ernstlicher Wille bei Willenserklärungen 213.

Errichtungsort maßgebend für die Gesetze, nach denen die Form der Rechtsgeschäfte zu beurtheilen ist 52 a 10.

Errichtungszeit, Bedeutung der E. für die Interpretation der Verträge 246.

Error s. Irrthum.

Ersitzung s. Verjährung.

Ersteher des subhastirten Grundstückes s. Subhastation.

Erstgeburt bei Zwillingen. Ueber streitige E. entscheidet das Loos 80 a 11.

Ertrag einer Sache als Werthmesser 127.

Erwerb der Sachenrechte s. dingliche Rechte bei dinglich unter A., und Eigenthum unter Nr. VI.

Erwerbsgrund. Die Eintragung des E. im Grundbuche geschieht nur auf Antrag 441, 553 a 6.

Erwerbspreis wird nur auf Antrag im Grundbuche eingetragen 442, Ersatz im Fall einer Vindikation 575, Repartition bei einem Gesammtpreis 576 a 10.

Erzeugnisse, landwirthschaftliche, symbolische Verpfändung derselben 842.

Essentialia negotii 153 a 1. — Irrthum in den E. s. Irrthum.

Eventualbelehnung 859.

Eviktion s. Gewähr.

Exceptio s. Einrede.

exceptio rei venditae et traditae 552 a 4; gegenüber dem eingetragenen Eigenthümer ausgeschlossen 562 ff.

Exklusivität der Privilegien 45.

Exekution gegen juristische Personen 106 a 7. — E. auf Herausgabe von Sachen und auf Handlungen 264; siehe auch Urtheil. — Der Antrag auf Exekution unterbricht die einjährige Verjährung der Vollstreckbarkeit des Urtheils 288. — Beschlagnahme zum Zwecke der E., giebt sie einen Pfandrechtstitel? 853 sub 2. — Fälle, in denen es zur E. keines vorgängigen Processes bedarf 811 a 4. — E. in ein Faustpfand 841. — E. auf Immobilien s. Subhastation. — E. gegen den Scheinveräußerer, der im Besitz blieb 215. — E. in das Lehn s. Lehn.

Exekutionsbefugniß des Fiskus 115.

Exekutor hat die Befugniß zur Besitzentsetzung 349 a 14.

Exekutivproceß 300 ff.

Exigendi privilegia des Fiskus 115

Expromission. Form 197 a 12. — E. der Frauen 93.

Expropriation. Das Recht der E. 62. — Ertheilung desselben und die einzelnen Fälle 63 ff. — Gegenstände der E. 63. — Entschädigung des Expropriirten. Ob das volle Interesse berücksichtigt wird? 65. Entschädigungsverpflichteter? 65 a 14 65, pretium succedit in locum rei für die Realrechte 67. Kosten des Verfahrens 66 a 26. — Pflicht zur Einrichtung von Anlagen 68 a 36. — Rechtsweg über die Nothwendigkeit der E.? 64 ff. — Juristische Natur der E. (nothwendiger Verkauf?), keine Gewährsleistung 68. — Moment der Perfektion der E.? 67. — Besitzverlust durch E. 68; die expropriirende Behörde hat die Befugniß zur Besitzentsetzung 349 a 14. — Eintragung einer Vormerkung bei Beginn des Verfahrens 66 a 26. — E. bei Privilegien 47. — E.-Recht des Bergwerkseigenthümers 618. — Gesetzliches Vor- u. Wiederkaufsrecht des Expropriirten 883.

Expektanzen auf Lehn 859.

Exstinktivverjährung siehe Verjährung.

Exterritorialität der Gesandten und Residenten 55. — kein Arrest 317 a 7. — Gerichtsbarkeit über dieselben 55 a 6.

Extrahenten der Subhastation s. Subhastation 811.

Digitized by Google

F.

Fabrik. Beschädigung der Nachbargrundstücke durch Lärm, Dampf, Geruch 502.

Fachbaum, Erhöhungen und Veränderungen 594 a 9.

Fähr- und Fischereigerechtigkeiten selbständige grundbuchfähige Gerechtigkeiten 436 a 14.

Fabrikanten können Waaren symbolisch verpfänden 843 a 10.

Fahren auf fremdem Acker, Pfändung deswegen 259 ff.

Fahrzeug ossibus inhaerent 51 a 7.

Faktura, symbolische Verpfändung der Waare durch Uebergabe der F. 843.

Falsa demonstratio 188, 225 a 10.

Familienfideikommiß. Geschichtliches 872. — F. als juristische Person 100. — Begriff und rechtlicher Charakter des F. 872. — Der Inhaber des F. ist Eigenthümer 873. — Rechte des Inhabers 877, 408. — Eintragung desselben im Grundbuche 873, 875, 443. — Errichtung des F. 874; sie bedarf der gerichtlichen Verlautbarung 208, 875. — F., deren Einkünfte 30000 Mark übersteigen, bedürfen landesherrlicher Bestätigung 875 a 11. — Gegenstände des F. 874. — Pertinenzen des F., deren Veräußerlichkeit 874. — Inventarisirung der Pertinenzen und Beilaßstücke 875 a 3. — Der Familienschluß: Zuständigkeit desselben, Ladung der Mitglieder, Berücksichtigung nachgeborener Anwärter 876. — Die F.-Anwärter, deren Rechte 410, 876 ff. — Bei welchen Verfügungen des F.-Inhabers die Zustimmung zweier Anwärter genügt 876. — Bestellung eines Pflegers für die unbekannten Anwärter 876 a 5. — Veräußerung der F. und die Revokationsklage der F.-Nachfolger 878 ff. — Ersitzung der F. 879 a 8. — Schulden, für welche das F. haftet: Schulden des ersten Stifters 879; nothwendige Verwendungen 880. — Vorschriften bei Aufnahme neuer Darlehne 833 a 12; für alle F.-Schulden haftet der Nachfolger nur mit dem F. auch ohne beneficium inventarii 880. — Succession in das F., die F.-Folger 881. — Fähigkeit zur Nachfolge 880 ff. — Die Folgeordnung 881. — Trennung des Allods vom F. 880.

Familienfideikommißgericht, das Appellationsgericht der belegenen Sache 875, Kompetenz desselben 875 a 9, a 1 ff., 877, 888 a 12.

Familienschlüsse bei Fideikommissen 876 ff. — F. der reichsunmittelbaren Familien 55 a 4.

Familienstiftungen haben den Charakter einer juristischen Person 100. — Begriff der F. 873. — Form der Verträge über F. 211; richterliche Kompetenz 211, 208.

Faselmast 714.

Fatale 363, s. auch Frist.

Faustpfand s. Pfandrecht Nr. II.

Favorabilia privilegia 43 a. 2.

Favorabiles causae, deren Interpretation 248 a 6.

Feindliche Sachen, Okkupation derselben 531.

Feldesstreckung als Erforderniß der Muthung 609.

Felonie, verschiedene Grade: wegen Versäumniß der Lehnsmuthung 860; wegen Veräußerung der Lehnssubstanz 863.

Fenster, offene und vergitterte, nach den sog. Winkeln, Eigenthumsvermuthung bezüglich der Winkel dabei 488. — Das Oeffnen der F. und Fensterladen nach der Grenze 500. — Vergitterung der F. an der Grenze 506 a 11.

Fensterrecht 505 a 10, als Servitut 704.

Festungen, Rayonbeschränkungen bei F. 494.

Feudum regulare, rectum, irregulare, improprium 857 ff.; ex jure antiqui concessum 861; hereditarium mixtum u. merum 863, Näheres s. Lehn.

Feuerstelle. Anlegung der F. bedarf der Konzession 495 ff.

Feuerversicherungssumme s. Versicherung.

Ficta possessio 573.

Fides bona und mala s. Glaube.

Fieberdelirium als Willensfehler 230.

Finden, Eigenthumserwerb 532 ff.

Finderlohn 533.

Firma, Verkauf, Einfluß auf die Geschäftsschulden 120 a 9. — Ersitzung einer F. 387 a 3.

Fischereigerechtigkeit 527 ff. Dem Eigenthümer des mit der F. belasteten Privatflusses steht das Recht der Mitfischerei zu 684 a 3.

Fischereirecht. Meer-, Küsten- u. Flußfischerei 527. — Beseitigung der wilden Fischerei 527 a 4. — Rechte der Fischereiberechtigten gegen Entwässerungen und Wasserverderb 529 a 18. — Fischen in Lachen u. Seen 528, 529 a 14.

Digitized by Google

Fiskus, der Staat in seinen privatrechtlichen Beziehungen 97, 113. — Die Behörden des F. bilden nur „eine" juristische Person u. haben keine besondere Persönlichkeit 113 a 2. — Processe gegen den F. 114 a 4. — Gerichtsstand des F. 114. — Zinsverpflichtung des F. 114 a 5. — Privilegien des F. 115. — Das königliche Hausfideikommiß hat die fiskalischen Privilegien 55 a 3. — Rechte des F. auf das Vermögen aufgelöster Korporationen 112 a 5. — Rechte des F. bei unsittlichen Geschäften 157 a 2. — 40jährige Verjährung gegen den F. 398 ff.; s. auch Besitz im Normaljahr 402 ff. — Vom F. verkaufte Sachen unterliegen nicht der Vindikation 420. — Ablösung der dem F. geschuldeten Reallasten 475 a 10. — Gesetzlicher Pfandrechtstitel des F. 748, derselbe steht einem Cessionar des F. nicht mehr zu 748 a 8. — F. nicht kautionspflichtig in der Subhastation 817 a 6.

Flötze beim Bergbau 614.

Fluß. Oeffentliche u. private F. Begriff u. Historisches 584 ff. — Beginn u. Endigung des Charakters e. Flusses als öffentlicher 585 a. 2. — Rechtsverhältnisse der F.: I. der öffentlichen: Benutzung derselben, sowie der Meeresarme, Buchten u. Häfen durch das Publikum 585 a 5. — Rechte des Staats an denselben (Eigenthum) 586. — Fischerei in öffentlichen F. (Regal) 528 a 6. — Benutzung der Flußufer u. Uferbefestigung 595. — II. Die nichtöffentlichen, nichtschiffbaren Privatflüsse u. sonstigen Gewässer 587. — Beschränkungen in der freien Verfügung des Flußeigenthümers den Unterliegern gegenüber 588; insbesondere im Verbrauch des Wassers 589 a 11. — Verjährung dieser Beschränkung 589 a 12. — Bewässerungsanlagen an F. mit u. ohne polizeiliche Genehmigung, u. zwangsweise Bildung von Genossenschaften behufs solcher Anlagen 589 a 14. — Gemeingebrauch an Privatflüssen 589. — Räumung von Privatflüssen 591 a 7. — Fischerei in Privatflüssen 528. — Benutzung der Flußufer an Privatflüssen u. die Uferbefestigung 595.

Flußbett s. Ufer.

Förderung eines Bergwerks, ob sie dem Pfandrecht am Bergwerk unterliegt 773 a 16.

Folium s. Grundbuch.

Forderung s. Obligation. — Verpfändung von F. 844 ff.

Form der Rechtsgeschäfte, welche Gesetze darüber entscheiden 52 a 10. — Die verschiedenen F. der Rechtsgeschäfte 190 ff. — Wesentliche u. unwesentliche F. 191 a 15. — Folgen der Unterlassung der F. (Nichtigkeit und Nichtklagbarkeit der Geschäfte) 191 a 15, s. auch Schriftlichkeit.

Forsten, Beschränkungen der Benutzung 492, Genossenschaften für dieselbe 493 a 11.

Forstbeamte sind zu gewissen Eigenthumserwerbungen unfähig 518.

Forstgerechtigkeiten, Geschichtliches 710. — Behandlung 710 ff. — Ablösung 477 ff., 701 ff. — Unbestimmte F. 684.

Forstgemeinschaften unterliegen der Gemeinheitstheilung 477 ff.

Fortdauer des Besitzes wird präsumirt 348 a 11.

Forum s. Gerichtsstand.

Fossilien, herrenlose Sachen 132; — verleihbare (Bergrecht) 602.

Frachtbrief. Folgen der Uebergabe des F. 552 a 8.

Frachtführer. Gesetzliches Pfand- u. Retentionsrecht des F. am Frachtgute 850 u. 851.

Frauen. Gerichtliche Verwarnung der F. bei Verbürgungen u. Interzessionen nach Landrecht 92. — Lehnsfähigkeit der F. 860 ff. — Successionsfähigkeit beim Familienfideikommiß 881 a 5. — Im Uebrigen s. auch Ehefrauen.

Fraudulose Geschäfte eines Schuldners u. deren Anfechtung 213 ff., 228 ff.

Freikux 629; ihr Charakter als Reallasten 639 a 10.

Fremde Rechte, Geltungsbereich derselben 49 ff.; s. auch Ausländer.

Freundschaftskauf, Vorkaufsrecht bei demselben 885.

Frist. Berechnung 137. — Unterschied der Befristung von der Verjährung 363. — Form der Fristbewilligungen 195 a 5; dieselben unterbrechen die einjährige Verjährung der Vollstreckbarkeit des Urtheils 289.

Fristgesuch unterbricht die Klagverjährung 373.

Fristung bei Aufhebung von Bergwerken 633.

Frohnden s. Reallasten.

Frucht. Pertinenzqualität der F. 123 a 9. — Besitz an F. 327 a 10. — Apprehension der F. 333 ff. — Erwerb der F. Historisches 536; der Moment dieses Erwerbs u. Auseinandersetzung des Nutzungsberechtigten mit dem Eigenthümer 537. — Fruchterwerb des Nießbrauchers 652 ff. — F. aus fremdem Samen

Digitized by Google

537. — Fruchterwerb beim Ueberfalls- u. Ueberhangsrecht 501, 537; — wem die Früchte bei bedingten Geschäften pendente conditione gebühren 181 a 3, 182 a 4. — Einfluß des Proceßbeginns auf die Verbindlichkeiten des Beklagten bezüglich der F. der streitigen Sache 279; insbesondere bei der Vindikation 571. — Inwieweit die F. von der auf dem Grundstück lastenden Hypothek mit begriffen werden 773; dieselben werden bei der Subhastation im Falle eines gleichzeitigen Konkurses des Pfandschuldners von der Gemeinmasse gesondert 806; auf die F. eines verpachteten u. vermietheten Grundstücks hat der Pfandschuldner keinen Anspruch 774. — Welche F. des subhastirten Grundstücks dem Adjudikatar gebühren 823. — Bei Resubhastation 831. — Recht des Faustpfandgläubigers auf die Früchte 836 ff. — Antichrese 798 ff. — Theilung der F. bei der Lehnssonderung unter Lehnsfolger u. Allodialerben 869 a 4.

Fund. Eigenthumserwerb am F. 532 ff. — Aufgebotsverfahren beim Zuschlag 534. — Anfechtung des Zuschlags 533 ff. — F. an Schätzen s. Schatz.

Fundgrube beim Bergbau 614.

Fundpunkt, Nothwendigkeit seiner Darstellbarkeit auf dem Situationsriß 608 a 2.

Fungibeln s. Genus.

Furcht bei Willenserklärungen 231. — Absichtliche Herbeiführung der F., Anzeigepflicht 252.

Furiosi s. Wahnsinnige u. Blödsinnige.

Furtivae res Ersitzung 388. — Vindikation 421.

Fußsteig. Servitut des F. 705.

G.

Gang beim Bergbau 614.

Gebäude, ob es einem anderen als dem Grundstückseigenthümer gehören kann 487 a 5. — Superficies solo cedit 541 ff. — Verpflichtung zur Wiederherstellung u. Erhaltung der Gebäude u. Zwangsverfahren dabei 497; (Cautio damni infecti) 498. — Errichtung von „neuen" Gebäuden an der Grenze 505 a 9; 542 ff. — Inwieweit sich das Pfandrecht am Grundstück auf die Gebäude erstreckt 771. — Gebäude-Servituten 702. — Allgemeines s. Servituten.

Gebäudegrundstücke; Anwendung der Grenzscheidungsklage 491 a 14. — Nichtanwendbarkeit des Vorfluthsedikts 591 a 8.

Gebäudesteuerbücher 437 a 5.

Gebäudesteuernutzungswerth muß im Grundbuche angegeben sein 438; — bestimmt die Höhe der Bietungskaution in der Subhastation 817.

Gebot bei der Subhastation s. diese.

Gebrauch s. Nießbrauch u. usus. — Pfandrecht mit Recht auf den G. 798, 836. — Furtum usus 836 a 5.

Geburt als Beginn der Persönlichkeit 78. — Priorität der G. 80.

Geburtsstand. Einfluß d. G. auf die Rechtsfähigkeit 88.

Gedruckte Formulare; nichtgewollte Bestimmungen 213 a 3.

Gefahr, casus 248. — G. bei bedingten Geschäften 178; — casus soliti, insoliti u. insolitissimi 247 a 3. — Haftung für die G. bei Eigenthumsübertragung unter Abwesenden durch Uebersendung 550 ff. — Bei Auflassungen 560 ff. — Wer die G. der Kaufgelder bis zum Kaufgelderbelegungstermine trägt 824. — Wer beim Nießbrauch (eigentlichen u. uneigentlichen) die Gefahr trägt 647. — Insbesondere bezüglich des Inventars 662 a 4. — G. beim Faustpfand an Fungibeln 836; bei unbefugter Afterverpfändung 837.

Gefangenschaft. Ob durch G. der Besitz erlischt 339 a 9.

Gegenzeichnung der Gesetze durch die Minister 35.

Gehen auf fremden Aeckern, Pfändung deswegen 259.

Gehör. Versagung des rechtlichen G. hindert die Verjährung 368.

Geisteskrankheit 147; s. auch Wahnsinn u. Blödsinn. — Verjährung gegen Geisteskranke 368 a 20.

Geldfideikommiß 874. — Befugnisse des G.-Inhabers 878. Im Uebrigen s. Familienfideikommiß.

Geldlehn 858 a 8.

Geldrente s. Rente.

Geldstrafe. Vererblichkeit der G. 277 a 11. — Wegen G. hat der Fiskus keinen gesetzlichen Pfandrechtstitel 748 a 8. — Ansprüche auf G. können im Konkurse nicht geltend gemacht werden 70 a 2.

Geldstücke unterliegen nicht der Vindikation 421.

Geltungsbereich des Landrechts 19. — Materieller G. der einheimischen Gesetze 47 ff.

Gemeinde. Allgemeines: s. juristische Person bei Person. — Urtheil in einem Proceß der Gemeinde wirkt gegen

Digitized by Google

alle Gemeindegenossen 298 a 6. — Die G.-Mitglieder erwerben Besitz für die Gemeinde 337 a 12; auf wessen Redlichkeit u. Unredlichkeit es dabei ankommt 337. — Das Grundeigenthum der G. braucht nicht im Grundbuche vermerkt zu werden 435. — Gesetzlicher Pfandrechtstitel der G. an dem Vermögen ihrer Verwalter u. Kontraktsschuldner 748. — Ob das Gemeindeglieder- oder Bürgervermögen der Gemeinheitstheilung unterliegt? 477. — Ob durch Verjährung der Gemeinde erworbene Servituten auch künftig aufgenommnen Mitgliedern zu Gute kommen? 394 a 12.

Gemeindefeldmark 107 a 11. — Auftheilung der G. 107, 477.

Gemeindelasten sind nicht ablösbar 477.

Gemeindewege, Nutzung, Erhaltung 595 ff. — Entschädigungspflicht bei Verlegung 598.

Gemeine Mark s. Gemeinheitstheilung.

Gemeinheit. Begriff 476. — Die einzelnen G. 476.

Gemeinheitstheilung 107 a 11. — In gewissen G.-Sachen entscheidet ein Schiedsgericht 308 a 4. — Welche Gemeinheiten der G. unterworfen sind 477. — Provokation auf G. 478. — Voraussetzungen 478. — Maßstab der Theilung 479; Entschädigung (pretium succedit in locum rei) 484. — Berechtigungen, die der G. unterliegen, können nicht ersessen werden 387, z. B. Servituten 698 a 8. — Verträge über die Ausschließung der G. 480. — Receß der G. 483 ff.; derselbe hebt die Servituten auf 697 a 4, 702 a 19. — Inwieweit die Abfindungen nur fünfzigjähriger Präskription unterliegen? 401 a 12. — G. bei Lehn 867 a 6; dabei sind die Lehnsanwärter zuzuziehen 864.

Gemeinschuldner s. Konkurs.

Gemeinvermögen der Bürger verschieden vom Kämmereigut 107 a 11.

Gemeinweide unterliegt der Gemeinheitstheilung 477.

Genehmigung s. Konzession.

Generalis, lex posterior g. derogat speciali priori 57.

Generalkommission, Kompetenz 481 ff.

Generalversammlungen bei Korporationen 101; außerordentliche, wo dieselben nöthig sind und wo Einstimmigkeit vorhanden sein muß 102. — Berufung u. Leitung der G. durch den Vorstand 101. — G. der Gewerken 621.

Generalvollmacht 238.

Genossenschaften. Rechtlicher Charakter 116. — Zwangsweise Bildung von G. zu Be- u. Entwässerungen 589, 592.

Genugthuung. Vollständige G. 253 ff.

Genus, Hingabe eines solchen als Faustpfand 835.

Gerechtigkeiten. Accessorische Besitzübertragung mit der pr. dominans? 334 a 7. — Verpfändung mit dem pr. dominans 772. — Eintragung selbständiger G. im Grundbuche 436. — Fortführung von Folien wegen Erhaltung früher unselbständiger G. 74 a 9. — Im Uebrigen s. Servituten.

Gerichtliche Urkunden. Form 208. — Ihre Beweiskraft 209 ff.; Gegenbeweis gegen dieselben, Anfechtung 210 a 16. — Fälle ihrer Nothwendigkeit: 1) aus der Person des Kontrahenten; dabei stehen notarielle Urkunden den gerichtlichen gleich 210; 2) mit Rücksicht auf den Vertragsgegenstand; a) Fälle, wo die g. Urkunden ausschließlich nöthig sind 211, b) wo ihnen notarielle Urkunden gleich stehen 212.

Gerichtsbarkeit. Freiwillige G. 211. — Kompetenz bei Akten der freiwilligen G. 208.

Gerichtsgebrauch als Rechtsquelle 40.

Gerichtsstand der belegenen Sache für die Vindikation 569 a 2, für die Klage auf die Nothservitut 696 a 17.

Gerüche üble, actio negatoria ihretwegen? 503 a 22.

Gesammteigenthum 510.

Gesammthänder = Mitbelehnte.

Gesammthypotheken u. -Grundschulden 775 ff. — Begriff und rechtlicher Charakter 776. — Schicksale derselben in der Subhastation 777 a 8. — Gemeinsames Ausgebot der mehreren verhafteten Grundstücke bei der Subhastation 816 a 4. — Succession des einen der mitverhafteten Eigenthümer in die G. 795 (Hypothek des Eigenthümers).

Gesandte. Exterritorialität 55. — Gerichtsstand der G. 55; insbesondere der preußischen 55 a 6. — Arrestfreiheit der G. 317 a 7.

Geschäftsführung ohne Auftrag, Verjährung der negotiorum gestorum actio 383.

Geschäftsgebrauch, Unterwerfung unter denselben ohne Kenntniß? 246 a 6.

Geschlecht. Einfluß des G. auf die Rechtsfähigkeit 92; s. auch Frauen. G. der Zwitter 93 a 8.

Digitized by Google

Geschlechtsvormundschaft 93 a 5.
Gesellschaft. Korporative G. ohne juristische Persönlichkeit: rechtlicher Charakter 118; Vermögen, Vertretung, Ersitzung, Eintragung im G. B., Vorsteher, Processe, Forderungen, Schulden der G. 118 ff. — Verbürgung für die k. G. 118 a 6.
Gesetz als Rechtsquelle 29. — Form und Publikation der G. 34. — Gültigkeit der G. und Prüfung derselben durch den Richter 36 a 1. — Anwendungssphäre der einheimischen und fremden G. Einfluß des Sitzes eines Rechtsverhältnisses auf das G., nach welchem es zu beurtheilen 48. — Statuta personalia, realia und mixta 49 ff. — Einfluß der Veränderung von G. auf bereits begründete Privatrechte 57 ff. — Gesetzgebung, Faktoren derselben 30.
Gesetzeskommission 16.
Gesetzeskraft königlicher Verordnungen ohne ständische Zustimmung 30 a 6.
Gesetzliche Verpflichtungen, nach welchem Ort zu beurtheilen? 53 a 5.
Gesinde, ländliches Vorrecht seiner Lohnforderung in der Subhastation 826.
Gesindeverträge. Form der G. 198 a 16. — Bei G. darf das Recht der Aufkündigung nicht ausgeschlossen werden 155.
Gestohlene Sachen, Ersitzung 388 ff. — Vindikation 421.
Getheiltes Eigenthum nur noch bei Thronlehen 407 ff., 469, 856, 863.
Geviertfelder beim Bergbau 614.
Gewächse unterliegen dem auf dem Grundstück ruhenden Pfandrecht 771.
Gewährleistung für Viehmängel (Frist des Hervortretens) 134 a 3. — Inwieweit der Adjudikatar in der Subhastation Anspruch auf G. hat 823 ff. — G. für Eviktion bei der gerichtlichen Auktion und dem Privatverkauf der Pfandsache 840. — Bei Expropriation keine G. 68. — Beschränkte G. bei Subhastationen 810, 823.
Gewässer. Rechtsverhältnisse der G. s. Fluß.
Gewagte Geschäfte; Berechnung der Höhe des Objekts derselben 196.
Gewahrsam, Begriff und Voraussetzungen 321 ff. — Dieb, Sequester, Prekarist haben nach Landrecht G., nach römischem Recht Besitz; Miether u. Pächter umgekehrt 323. — G. giebt das Recht zur Anstellung des possessorium summariissimum 347.
Gewalt, väterliche, s. väterlich. — G. bei Besitzentsetzung s. Besitz.
Gewerbebetrieb der Frauen 93 a 6.
Gewerbefreiheit. Verträge, insoweit sie die G. beschränken, sind nichtig 155 a 7.
Gewerberechte, ausschließliche, sollen nicht ersessen werden 387.
Gewerkschaften. Alte Verfassung der G. 620 ff. — Vertretung (Repräsentanten und Grubenvorstand), Versammlung, Berufung, Stimmrecht, Beschlüsse, Widerspruchsrecht gegen letztere 621. — Haftbarkeit der G. 623 ff. — Reformirte G., Charakter 624 ff. — Verfassung, Vertretung, Beschlüsse 626 ff. — Umwandlung alter in neue 626. — Rechte und Pflichten gegenüber der G. 627. — Auflösung der Gewerkschaft durch Verlust des Bergwerks 624. — Vorrecht der Gewerkschaften vor den Pfandgläubigern eines Kuxes 628 a 9.
Gewinn, entgangener 253.
Gewissensfreiheit. Beschränkung der G. durch Verträge ist unzulässig 154 a 3.
Gewohnheit als Rechtsquelle 27, 38 ff. — Zeit der Gewohnheit 39 a 4. — G. praeter et contra legem 39 ff. — G.-Recht bei Handelssachen 40 a 6. — Beweis des G.-Rechtes 40 a 7. — G. als Mittel zur Interpretation von Rechtsgeschäften 40 a 8.
Glaube, böser, Kenntniß vom Recht eines Anderen zur Sache u. deren Wirkungen 72, 411. — Fälle, in denen gutgläubiger Erwerb von einem Nichtberechtigten die Vindikation ausschließt 419 ff. — Bona fides als Erforderniß der Ersitzung 358 ff. — Redlicher u. unredlicher Besitz s. Besitz II. — Oeffentlicher G. des Grundbuchs, Erfordernisse und Wirkungen 389 ff.
Graben, präsumtive Grundstücksgrenze 488. — Wem der Hagen, dem der Graben (Eigenthumsvermuthung) 488 a 13. — G. an der Grenze 504; Erhaltungspflicht 591; s. auch Privatfluß bei Fluß.
Gratuita privilegia 44. — Interpretation derselben 45.
Grenze. G. der Grundstücke, Vermuthungen dafür 488. — Anlagen und Bauten an der G. 505 ff. — Bauen an der G. 542 ff. — Ueberschreitungen der G. s. Nachbarrecht. — Bei Austausch streitiger G. pretium succedit in locum rei 418. — Klare G. einer Sache oder eines Rechts, Ersitzung der Befugniß, dieselben zu überschreiten 401 a 12.

Digitized by Google

Grenzflüsse, unterstehen sie dem Gesetz über Privatflüsse? 587 a 3.

Grenzklage. 1) Grenzscheidungsklage (actio finium regundorum): Näheres 489 ff. — 2) Grenzerneuerungsklage 491.

Großjährigkeit s. Volljährigkeit.

Großzehnten s. Zehnten.

Gruben an der Grenze 504.

Grubenvorstand 623 ff.

Grundabgaben. Rückstände subjektiv dinglich? 73 a 5.

Grundakten 447. — Einsicht in dieselben 459 a 18.

Grundbuch. Verfassung des G. I. Geschichtliches 426 ff. — II. Führung der Grundbücher, Grundbuchamt, Beschwerden 434 a 4. — III. Anlegung der Grundbücher 434; was in dieselben einzutragen: a) Grundstücke, Realfolien 434. — Ausnahmen von der Eintragungspflicht 434; Ab- und Zuschreibung 435. — b) Bergwerkseigenthum und selbständige Gerechtigkeiten 435. — IV. Einrichtung des G.: 1) Titelblatt, dient zur Aufnahme von a) Lage, Grenzen, Größe 436 (Falsche Angaben hierbei 456). — b) Grundsteuer, Reinertrag und Gebäudesteuer-Nutzungswerth 437 ff. — c) Unbewegliche Zubehörstücke 438. — d) Ab- u. Zuschreibung 439. — 2) Die 3 Abtheilungen mit ihren Spalten, die Einschreibungen in dieselben s. Einschreibung. — 3) Grundbuchfolien für Wandel- oder walzende Aecker, Artikel, Personalfolien 439 ff. — 4) Grundbuchtabellen 447 a 19. — V. Der öffentliche Glaube des Grundbuches, Erfordernisse u. Wirkungen 457 ff. — Einsicht des Grundbuchs, Oeffentlichkeit 459 a 18. — Kenntniß des Grundbuchs ist praesumtio juris et de jure 274. — Immobilien, welche im G. eingetragen sind, unterliegen nicht der Ersitzung 362 a 10.

Grundbuchämter, Aufhebung mit Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze 433 a 6.

Grundbuchbeamte, insbesondere der Richter 464. — Prüfung der Legitimation der Antragsteller durch die G. 465; insbesondere bei Auflassungen 556 a 3, a 5; bei hypothekarischen Eintragungen bezüglich der Schuldurkunde 743 a 2. — Regreßpflicht der G. 466 ff., insbesondere wegen unrichtiger Ausfertigung von Hypotheken- und Grundschuldbriefen 456 a 5, 6; wegen unterlassener Eigenthumseintragung 568.

Grundeigenthümer. Recht des G. beim Bergbau 628; insbesondere Grund- und Freikux 629; Entschädigungsansprüche 629 ff.: bei Hülfsbauen 620. — Ansprüche auf Sicherheitsmaßregeln und Bergfesten 631; auf von Bergbautreibenden gewonnene, nicht verleihbare Mineralien 681, s. auch Eigenthum. — Entschädigungsansprüche gegen den Schürfer 607.

Grundgerechtigkeiten s. Servituten.

Grundkux 629.

Grundschuld s. Pfandrecht.

Grundschuldbrief. Oeffentlicher Glaube des G. 456 a 6; er soll stets ausgestellt werden 755. — Vorschriften über den Inhalt und Erneuerungen des G. 755. — An wen die Aushändigung zu geschehen hat, Klage auf dieselbe, Wirkung der Aushändigung 756 ff. — Aufgebot des G. 757. — Blankocession des G. 763, macht ihn zum Inhaberpapier 764. — Zinsscheine der G. 765 ff. — G. als Bietungskautionsmittel in der Subhastation 818; — s. auch Hypothekenbrief.

Grundsteuer. Repartition der G. bei Parcellirungen 566.

Grundsteuerbücher 437.

Grundsteuerentschädigung, subjektiv dingliches Recht 73 a 5.

Grundsteuerreinertrag muß im Grundbuche vermerkt werden 438; — bestimmt die Höhe der Bietungskaution bei der Subhastation 818 a 11.

Grundzinsen. Das Recht auf G. ist subjektiv dinglich 73.

Gütergemeinschaft. Protestation der Ehefrau gegen Verfügungen des Mannes bei G. 168 a 1. — Form der Verträge über Aufhebung und Einführung der G. 211 a 9. — Eintragung der G. im Grundbuche ohne Bewilligung des einen Ehegatten 568.

Güterrecht der Ehegatten richtet sich nach dem ersten Ehedomicil 54.

Guter Glaube s. Glaube.

Gutsbezirke keine juristische Personen 97 a 6. — Selbständige Jagdgenossenschaften 526 a 10.

Gutskomplexe, wie dieselben im Grundbuche eingetragen werden 438.

Gutserzeugnisse, symbolische Verpfändung derselben 842.

Gutsüberlassungsverträge, ob sie Verträge über Handlungen 727 a 17. — Im Uebrigen s. Altentheil.

Gutsunterthänigkeit 88 a 2.

Gymnasien, Korporationen 97 a 9; wer sie vertritt 103.

Digitized by Google

H.

Habitatio 674.

Hafen s. Fluß.

Haftbarkeit aus Delikten s. Verschuldung.

Hagen. Wem der H., dem der Graben 488 a 13.

Halde eines Bergwerks, deren Verleihung 603 a 7.

Hammerschlagsrecht 508 a 17.

Hand. Erwerbungen zur todten Hand 109 ff. — H. muß H. wahren 419 a 1.

Handelsgeschäft. Formlosigkeit 193 a 7, 198, 204 a 3, 206 a 3, 241 a 1 — Verkauf eines H. 120 a 9. — Nießbrauch an einem H. 669. — Redlichkeit des Erwerbes von Mobilien im H. schließt die Vindikation Dritter aus 421. — Ob die Präsumtion des §. 117, I, 5 A. L. R. (verabredete schriftliche Ausfertigung eines Geschäfts) auch für H. gilt 217 a 2. — Vollmacht im H. 241 ff., s. Handlungsbevollmächtigung.

Handelsgesellschaft. Rechtlicher Charakter 117 a 3. — Nießbrauch eines Antheils an einer offenen H. 668.

Handlung, locus regit actum 52.

Handlungsbevollmächtigung, Form, Umfang, Endigung 241 ff. — Es bedarf keiner ausdrücklichen Erklärung des Handlungsbevollmächtigten, daß er das Geschäft für einen Dritten schließe 236 a 12.

Handlungsfähigkeit; über dieselbe entscheiden statuta personalia 49. — Inwiefern die H. der Fremden nach einheimischen Gesetzen beurtheilt wird 49 ff. — Begriff u. Voraussetzungen der H. 140 ff. — Besondere Mängel der H.: Alter 142, Wahn- u. Blödsinn 147, Verschwendung 150. — Konvalescenz der wegen Handlungsunfähigkeit ungültigen Rechtsgeschäfte 141. — Delikte Handlungsunfähiger 141. — Handlungsunfähigkeit des Berechtigten hindert den Beginn der Verjährung 367 a 14. — Wo Beschränkungen der persönlichen H. des Grundstückseigenthümers im Grundbuch zu vermerken sind 443 a 7.

Handlungsreisende 243 a 6.

Handwerker, inwieweit ihre Veräußerungen den Schutz des Art. 306 des H. G. B. haben 421 a 13. — Gesetzliches Pfand- u. Retentionsrecht der H. an den von ihnen gefertigten Sachen im Konkurse des Schuldners 850.

Hauptreparaturen der Nießbrauchsache 660, inwieweit sie dem Nießbraucher zu ersetzen sind 656 a 6.

Hauptsache im Gegensatz zur Pertinenz 122 ff.

Haus, inwieweit ist es reell theilbar? 129 a 2.

Hauseigenthümer. Pflicht zur Wiederherstellung u. Erhaltung der Gebäude 497 ff.

Hausfideikommiß. Königliches H. hat fiskalische Privilegien 54 a 2.

Hausgesetze 55.

Haushaltung. Ehefrauen haben in der H. gesetzliche Vollmacht zur Vertretung des Ehemannes 245 a 10.

Hauskinder. Vindikation ohne den Vater? 569; s. auch Kinder.

Hausrath, Begriff nach Landrecht 124 a 5.

Hecken als Grundstücksgrenze 489 a 14. — H. an der Grenze 505 a 6.

Heerstraße 595 ff.

Heimliche Besitzung 348 ff., 344 a 2, 323 a 10.

Herkunft. In welchen Fällen die Gesetze des Orts der H. zur Anwendung kommen (statuta personalia) 50 a 2, a 4.

Herrenlose Sache 132. — Besitzerwerb an solchen 334. — Okkupation derselben s. Okkupation. — Dingliche Nutzungsrechte an h. Sachen 635 a 4.

Herrschaft. Streitigkeiten zwischen H. u. Gesinde 258 a 9.

Hinderung der Verjährung s. Verjährung.

Hinterlegung des Pachtzinses bei Parcellirung des Pachtgutes, wenn die mehreren Eigenthümer keinen Bevollmächtigten bestellen 679. — H. des Gesammtbetrages der Pfandschulden hindert die Versteigerung in der Subhastation 816 a 2. — H. der Kaufgelder in der Subhastation und wer dann als Eigenthümer derselben anzusehen 824. — H. der Subhastationspercipienden unbekannter Gläubiger 830.

Hintersassen 469 ff.

Hof, Art der Laßgüter s. diese.

Holzschlag. Gesetzliche Einschränkung des H. 492. — Recht des Nießbrauchers auf den H. 655.

Holzungsgerechtigkeit 711. — Pflicht des Forsteigenthümers zur Instandhaltung des Forstes bei der H. 685 a 13. — Ungemessene H. 683. — H. zur persönlichen Nothdurft 672; s. auch Waldservituten.

Hülfsbau. Recht des Bergwerkseigenthümers zum H. 619.

Digitized by Google

Hülfskassen, eingeschriebne 99 a 27.
Hütungsgerechtigkeit; Verjährung 375 a 16.
Hyperocha 741, bei der Subhastation 828, beim Verkauf des Faustpfandes 840.
Hypothek s. Pfandrecht.
Hypothekarische Klage s. Pfandklage.
Hypothekenauszug 756.
Hypothekenbrief, Form, Inhalt, Erneuerung 754 ff. — H. über Vormerkungen werden nicht ausgestellt 751 ff. — An wen die Aushändigung des H. zu erfolgen hat, Klage auf dieselbe, Wirkung der Aushändigung 756 ff. — Aufgebot der H. 757 u. a 15. — H. als Bietungskautionsmittel in der Subhastation 818 a 11.
Hypothekenbuch s. Grundbuch.
Hypothekeninstrument 755 ff.
Hypothekenzinsen s. Zinsen.

J und J.

Jagdfolge 527.
Jagdrecht. Geschichtliches 524. — Jagdbare Thiere 525. — Jagdrecht an Wasserthieren 528 a 5. — Eigenthumserwerb an denselben 525. — Berechtigung zum Selbstbetrieb der Jagd 526. — J. auf öffentlichen Gewässern 586.
Jagdgenossenschaften 526 a 10.
Jahr = 365 Tage 135. — J. und Tag 136 a 5.
Jahrmarkt. Auf dem J. gekaufte Sachen unterliegen nicht der Rückforderung 419.
Illaten. Gesetzliches Pfandrecht des Vermiethers u. Verpächters an den J. 852. — Desgleichen des Gastwirths 851 a 3.
Immemorialpräskription 400 ff.
Immissionen auf Nachbargrundstücke 502, von Jauche, Miasmen 503 a 21, in Folge von Berberizensträuchern 503 a 23.
Immobilien. Begriff 124. — J.-Qualität der Pertinenzen 125. — Nach welchen Gesetzen die Rechtsverhältnisse der J. zu beurtheilen sind (statuta realia) 50 ff. — Arten der J.: städtische u. Landgüter 125 a 4. — Form der Verträge über J. 197 a 13. — Folgen des Mangels dieser Form 203 a 16. — Ist der mündliche Veräußerungsvertrag bei Immobilien Ersitzungstitel? 390 a 8. — Jedes J. muß im Grundbuche eingetragen sein; Ausnahmen davon 434. — Die auf J. eingetragnen Rechte unterliegen nicht der Verjährung 362 a 10. — Grenzen der Grundstücke s. Grenzen. — Besitzerwerb an J. 333. — Eigenthumserwerb an J. s. Auflassung. — Bloße Tradition u. ihre Folgen s. Tradition. — Okkupation herrenloser Grundstücke (Regal) 522 a 5. — Ersitzung der J. s. Verjährung. — Zusammenlegung u. Umtausch der Grundstücke s. Verkoppelung u. Gemeinheitstheilung. — Verpfändung der J. s. Pfandrecht. — Faustpfandrecht an J. 825 a 3.
Immobiliarmasse in der Subhastation 825 ff.
Inbegriff, universitas juris et facti 119 ff. — Besitzerwerb eines J. 333. — Verpfändung eines J. 835 a 2. — Uebertragung eines J. (Universalsuccession?) 120.
Indossable Papiere; Vindikation derselben 423. — Arrestirung derselben 317 a 13.
Indossament. Symbolische Tradition von Waaren durch J. des Konossements, Lager- u. Ladescheins 330 a 7.
Infamie 89 a 3.
Ingrossation s. Einschreibung.
Inhaber, Detentor s. Gewahrsam.
Inhaberpapiere. Eigenthumserwerb an J. 422. — Ausschluß der Vindikation Dritter 422. — Auch bei Legitimationspapieren? 423 a 15. — Auch bei bona fide-Erwerb von einem Diebe? 389 a 16. — Auch bei lukrativem Erwerb? 423 a 17. — J. als Bietungskautionsmittel bei der Subhastation 818. — Arrestirung der J. 317. — Verpfändung von J. 835, 845; dasselbe mit der Verabredung, nach der Schuldtilgung gleiche zurückzugeben 835. Ob sich das Faustpfandrecht am J. auch auf die Zinskoupons u. Dividendenscheine erstreckt? 835. — Das Pfandrecht des Vermiethers erstreckt sich auch auf die J. 853 a 11.
Inkrafttreten der Gesetze 35.
Inländer, wer ist es? 86.
Inland, Begriff seit der Reichsverfassung 86 a 2.
Insel, in flumine nata 544.
Instrumenta noviter reperta s. Urkunden.
Intabulation s. Einschreibung.
Intabulationsklausel 740 a 3.
Intercession der Frauen s. Frau u. Ehefrau.
Interdiktion der Wahn- u. Blödsinnigen 148. — J. der Verschwender 150. — Rechtsmittel gegen das J.-Erkenntniß 149.
Interdictum recuperandae, retinendae possessionis, uti possidetis, de

Digitized by Google

clandestina possessione, de precario 344 ff.

Interesse, vollständige Genugthuung 353 ff.; s. auch Verschuldung.

Interimswirth 427.

Interpretation der Gesetze durch den Richter 41 ff. — J. des Landrechts 15 ff.; Grundsätze derselben 16 ff., 37. — J. neuerer Gesetze Landtagsverhandlungen 32. — J. der Privilegien und Regeln über dieselbe 45 a 2. — J. der Rechtsgeschäfte 245 ff., insbesondere nach Zeit u. Ort 246. — J. bei Handelsgeschäften 248 a 7; besondere Interpretationsregeln 247; insbesondere bezüglich der Uebernahme der Gefahr 247 a 3. — J. der Verzichte 172 a 17, 18. — J., authentische, siehe authentisch..

Interusurium. Berechnung des J. bei Befriedigung unverzinslicher Forderungen in der Subhastation bei der Kaufgeldervertheilung 827 a 9.

Intestaterbfolge, nach welchem Gesetz sie zu beurtheilen, dem Orte nach 51 a 8, der Zeit nach 58 a 3.

Inventarium. Ob das J. Pertinenz des Gutes ist 123. — Uebergabe des J. an den Pächter überträgt kein Eigenthum 549 a 11. — J. des Nießbrauchers 662. — J. beim Lohn 869, beim Fideikommiß 875 a 3.

Investitur = Belehnung 858.

Irrthum, Begriff, Arten 223 ff. — Error juris 37 ff. u. 228 a 4. — J. in den Beweggründen 226 a 15. — Entschuldbarkeit des J. 227. — Wirkungen des J. 227, insbesondere bei der Auflassung 557 a 8.

Iter, Servitut 705.

Juden, Rechtsfähigkeit der J. 89. — Privilegium der J. bei redlichem Erwerb 419 a 2. — Volljährigkeit der J. 143 a 5.

Judengemeinden, Austritt 99 a 21.

Judicatae rei exceptio s. Urtheil.

Judikatshypothek 749.

Judikatsobligation s. Urtheil.

Judikatszinsen 285.

Judicium duplex, Grenzscheidungsklage 490 a 4.

Jura singulorum 103.

Juristenrecht als Rechtsquelle 41. — Stellung des Landrechts zum J. 41 a 3.

Juristische Person s. Person und Korporation.

Jus ad rem 72, 410 ff.; s. auch Recht zur Sache bei Sache. — J. quaesitum, Ausschließung der rückwirkenden Kraft der Gesetze 58 ff. — J. offerendi et succedendi 762 a 22. — J. singulare, ob durch commune aufgehoben? 57 a 3.

Justizminister. Reskripte des J. 33 a 3.

K.

Kabinetsordre, Begriff 29 a 1.

Kämmereigut, verschieden vom Gemeinvermögen 107 a 11.

Käufer s. Kauf.

Kanal als Servitut 704 a 13; s. auch Privatfluß bei Fluß.

Kaperei 531.

Kapitalien. Nießbrauch an K. 664. — Hypothekenkapitalien s. Pfandrecht.

Kapitalvermögen gehört zum Mobiliarvermögen 125 a 5.

Kassation der Vertragsurkunde, Aufhebung des Vertrages durch dieselbe 207.

Kassen. Wittwen-, Sterbe-, Aussteuer-K. bedürfen staatlicher Genehmigung 99.

Kataster, Einrichtung 437 a 5; inwieweit sind seine in das Grundbuch übernommenen Angaben maßgebend? 457 a 7.

Kauf. Eigenthumsübergang beim K. 546 ff. — K. unter einer Suspensivbedingung 521. — K. bricht Miethe 676; s. auch Miethe. — Konkurs des Käufers; Einfluß desselben auf den Uebergang des Eigenthums u. die Gefahr der an ihn übersandten Waaren 551 a ff.

Kaufgelderbelegung u. Vertheilung bei der Subhastation s. Subhastation VI D.

Kaufmann, Erwerb von ihm im Betrieb des H. G. unterliegt nicht der Vindikation 421. — Verkauf von dem Kaufmann gestellten Pfändern 839.

Kaufmännisches Retentionsrecht 849.

Kaufwerth. Gemeiner K. als Maßstab für die Werthschätzung einer Sache 127.

Kaution. Historisches und Begriff 315. — Pachtkaution 678 a 13. — K. wegen Verschlechterung des Pfandgrundstücks durch den Pfandschuldner 800. — K. der Bieter im Versteigerungstermin bei der Subhastation 817. — Allgemeine Bedingung, daß nur gegen Kaution versteigert wird 817 a 6, deren Höhe 817, richterliches Ermessen 818 a 9. — Mittel dieser K. 818. — Nichtberücksichtigung der gesetzlichen Vorschriften kein Nichtigkeitsgrund 818 a 12. — Kautionsstellung durch Hingabe einer fungiblen Sache eine Art der Faustpfandbestellung 835. — Einfluß des Konkurses des Pfandgläubigers

Digitized by Google

auf diese K. 836 a 7. — K. der Reichs- u. Staatsbeamten 835 a 5; Recht zum Privatverkauf derselben 839 a 10. — Kautionsbestellung unterbricht die Klagverjährung 373. — K. gegen künftige Besitzstörung int possessorium summariissimum 350 a 23.

Kautionshypothek. Begriff und Eintragung. Die Eintragung der Miethe u. Pacht im Grundbuche hat die Wirkung einer K. 675 a 3, 681. — Eintragung einer Maximalsumme 744, nur bei freiwillig bestellten K. nöthig 748 a 5. Ist die Vorschrift bloß instruktionell? 744 a 8. — Sind Hypothekenbriefe über die K. auszugeben? 780 a 2. — Kann sie nach der Beschlagnahme des G. noch wachsen? 843 a 6. — Verwandlung der K. in eine gewöhnliche Hypothek 781 ff., in ein zinsbares Kapital 782 a 7. — Pfandklage aus der K. 801. — Einreden gegen diese Klage 805. — K., bei ihr keine Succession des Eigenthümers 793 a 2. — K. in der Subhastation, beim Ausbleiben im Kaufgelderbelegungstermin ist nichts anzusetzen 829 a 5.

Keller, Superficies an einem K. 673 a 4.

Kinder. Handlungsunfähigkeit der K. 144 ff., insbesondere beim Besitzerwerb 328 a 3. — Gegen seine K. kann der Vater nicht ersitzen 366. — Schenkungen an K. kann jeder Dritte acceptiren 145 a 2. — K. erster Ehe, gesetzlicher Pfandrechtstitel derselben an Grundstücken des zur zweiten Ehe schreitenden Vaters 749. — K. aus putativen Ehen sind lehnsfähig 861. — Ueber die Legitimität nachgeborner K. aus geschiedenen Ehen entscheidet das Datum der Rechtskraft des Scheidungsurtheils 287. — Domicil unehelicher K. 49. — Rechte der unehelichen K. gegen den Schwängerer, nach welchen Gesetzen sie zu beurtheilen sind 53 a 6. — Die Anerkennung unehelicher K. darf nicht bedingt geschehen 174 a 8, muß wenigstens in einer öffentlichen Urkunde enthalten sein 211 a 7. — Urtheil über die Ansprüche der Mutter aus der außerehelichen Schwängerung präjudicirt den K. nicht 297 a 4; s. auch Alimente. — Urtheil über die Legitimität eines K., inwiefern es gegen Dritte Rechtskraft hat 297 a 4. — Lehnsfähigkeit legitimirter K. 861.

Kindheit, Dauer derselben 142.

Kirche. Korporation 97 ff.; wer ist Rechtssubjekt? wer sie vertritt 103 a 2; 40jährige Verjährung gegen dieselbe 398 a 2. — Gegenstand des Privateigenthums 131. — Ablösung der an die K. zu entrichtenden Reallasten 476 a 12. — Befreiung von Grund- u. Gebäudesteuern 98 a 11.

Kirchengebäude. Abgaben u. Lasten zur Erbauung u. Unterhaltung der K. sind nicht ablösbar 474 a 4.

Kirchengemeinde, Eigenthümerin des Kirchenvermögens 98 a 12, 13.

Kirchengesellschaften haben die Vorrechte der Minderjährigen (restitutio in integrum) 305.

Kirchengut. Verwaltung des K. 109 a 8. — K. aufgelöster Parochieen 112 a 6. — Das Grundeigenthum der Kirche muß nicht im Grundbuche eingetragen werden 435.

Kirchenstuhl, Ersitzung desselben 388 a 11.

Kirchenzehnten 721.

Kirchhof. Erwerb von Wegrechten an einem K. durch Verjährung 388 a 7. — Verkehrsfähigkeit des K. nach seiner Schließung 130 a 7.

Klaganmeldung. Begriff u. Erfordernisse 278 a 13, unterbricht die Klageverjährung 278 a 13, 373 ff. u. die Ersitzung, 395.

Klage: 1) Begriffsentwicklung 261. Klage nach R. C. P. O. 265. — 2) Die Klagbarkeit 261 ff.; insbesondere bei bedingten Geschäften 181. — 3) Eintheilung der K.: dingliche, in rem, persönliche, in personam, Straf- u. Vermögensklagen 263. — Petitorische u. possessorische 263. — Präparatorische, auf Erfüllung u. Ersatz 263. — 4) Substantiirung der K. 265 ff. — Fundamentum, proximum u. remotum. 265. — 5) Klagpetitum u. Abänderung desselben 266 a 7. — 6) Beweislast 267 ff. — 7) Klaglegitimation 290 a 15. — 8) Klagänderung u. inwieweit sie zulässig ist 284 a 7. — 9) Erhebung der K., worin liegt sie nach der R. C. P. O.? 278 a 14. — Folgen für das eingeklagte Recht 277. — Zurücknahme der K. 280 a 10. — 10) Verjährung der K. s. Verjährung. — 11) Einzelne K. s. bei actio.

Kleinzehnten 722.

Kloaken an der Grenze 504.

Kloster, Korporation 98. — Eigenthum der K. braucht im Grundbuche nicht eingetragen zu werden 435.

Klostergeistliche sind lehnsunfähig 861.

Klostergelübde. Einfluß des K. auf die Rechtsfähigkeit 76 ff.

Knappschaftsvereine Korporationen 99 a 26, 629.

Digitized by Google

Kodifikationen im Gegensatz zu derogatorischen Gesetzen 56 a 1.

König. Inwieweit der K. den Gesetzen unterworfen ist 54 a 1. — Vermögen des K. 54 a 2.

Kohlenabbaugerechtigkeit gehört zum Immobiliarvermögen 126 a 10.

Kollektivprokura 242 a 5.

Kollision der Privatrechte 70. — Grundsätze bei Entscheidung der K. 70 ff.

Kommissionär, Verjährung seiner Forderungen 382, im Uebrigen s. Kommissionsvertrag.

Kommissionsvertrag. Kommissionär ist mittelbarer Stellvertreter 234 a 3. — Er erwirbt an den ihm zum Verkauf kommittirten Sachen durch die Tradition nicht Eigenthum 549 a 11. — Gesetzliches Pfand- u. Retentionsrecht desselben am Kommissionsgut 850 ff.

Kommodat. Form 197. — Rechtliche Natur des K., ein durch den Besitz dingliches Recht 410. — Kommodatar ist unvollständiger Besitzer 324.

Kommune s. Gemeinde.

Kommunikationsweg s. Weg.

Komunkurator, Vertreter der Lehnsprätendenten bei der Sonderung des Lehns vom Allod 868.

Kompensation. Muß sich Käufer einer vermietheten Sache die schon vor dem Kauf geschehene Tilgung erst künftig fälliger Miethszinsen durch Kompensation mit Gegenforderungen des Miethers gefallen lassen? 677 a 9.

Kompromiß. Geschichtliches, Begriff. Eingehung, Form 306 ff., insbesondere rechtliche Natur desselben 307 a 5. — Zur Eingehung bedarf es der Specialvollmacht 238, 309 a 7. — Aufhebung u. Rücktritt vom K. 311; s. auch Schiedsrichter und Schiedsspruch.

Konzession als Privileg. Exklusivität einer solchen 45 a 4. — K. für Bauten 495 ff.

Konzipirte. Rechtsfähigkeit der K. 79.

Konfession. Einfluß der K. auf die Rechtsfähigkeit 88 ff.

Konfessorienklage. Begriff 643 ff. — Aktiv- u. Passivlegitimation 643 ff. — Actio nata 645 a 16. — Petitum der K. 645 a 17 ff.

Konfusion von Forderungen zwischen den einzelnen fiskalischen Kassen 113 a 2. — K. als Endigungsgrund der Servituten 701. — Vereinigung von Erbpacht und Servitut, bewirkt sie K.? 701 a 12. — K. von Hypothek u. Eigenthum 751. — K. trifft ein, wenn der Ersteher eines subhastirten Grundstücks perceptionsberechtigt am Kaufgelde ist 825 a 14.

Kongregationen 77 a 5; s. Orden.

Konkludente Handlungen, Willenserklärung durch solche 190. — Anerkennung durch solche 161 a 11.

Konkurrirende culpa siehe Verschuldung.

Konkurs. 1) Eröffnung des K., wo sie im G. bemerkt wird 443. — Einfluß der K.-Eröffnung auf eine schwebende Mobiliar-Exekution 854. — 2) Der K. ergreift auch Sachen des Kridars, die zum Schein veräußert sind 215. — 3) Einfluß des K. auf die Klagverjährung 368 a 22. — 4) Einfluß des K. eines Käufers auf den Uebergang des Eigenthums und der Gefahr der an ihn übersendeten Waaren 551 ff.; die Vindikation dieser Sachen durch den Absender 551 a 6. — Inwiefern kann die Konkursmasse des eingetragenen Grundstückseigenthümers, der verkauft und tradirt, aber noch nicht aufgelassen hat, vom Verkäufer vindiciren? 562 a 8. — Wirkung des K. auf bereits angemeldete, noch nicht eingetragene Hypotheken 453 a 9. — Realgläubiger u. K.-Verwalter können die Eröffnung der Subhastation beantragen 806 a 4, 811 a 4. — Die K.-Gläubiger können auch eine Hypothek des Eigenthümers im Falle der Subhastation nach Maßgabe des auf diesen entfallenden Antheiles liquidiren 796 a 15. — Einfluß des K. auf die Arrestprotestation 753. — Die Beschränkung der Einreden gegen dritte Erwerber von Hypotheken greift der K.-Masse des Pfandschuldners gegenüber nicht Platz 804 a 6. — 5) K. eines Pfandschuldners: wann entzieht er dem Pfandgläubiger das Verfügungsrecht über die Pfandsache? 841. — Pfandgläubiger nehmen an demselben nicht Theil 806; Sonderung des Immobiliarvermögens von der Gemeinmasse durch den K.-Verwalter 806. — Gegen wen die Pfandklage beim K. des Pfandschuldners zu richten ist 801 a 6. — Gesetzlicher Uebergang von Hypotheken zu Gunsten dessen, der einen Pfandgläubiger nach Eröffnung des K. über den Pfandschuldner befriedigt 762 a 22. — 6) Schicksal des Faustpfandrechtes im K. des Schuldners 836, 841. — Geltendmachung des Retentionsrechtes im K. des Schuldners 849. — 7) Gesetzliches Pfand- u. Retentionsrecht der Werkmeister, Handwerker und Arbeiter an den von ihnen gefertigten Sachen u. der Kommissionäre, Spediteure u. Frachtführer am Gute 850. — 8) Kon-

Digitized by Google

auf diese K. 836 a 7. — K. der Reichs- u. Staatsbeamten 835 a 5; Recht zum Privatverkauf derselben 839 a 10. — Kautionsbestellung unterbricht die Klagverjährung 373. — K. gegen künftige Besitzstörung im possessorium summariissimum 350 a 23.

Kautionshypothek. Begriff und Eintragung. Die Eintragung der Miethe u. Pacht im Grundbuche hat die Wirkung einer K. 675 a 3, 681. — Eintragung einer Maximalsumme 744, nur bei freiwillig bestellten K. nöthig 748 a 5. Ist die Vorschrift bloß instruktionell? 744 a 8. — Sind Hypothekenbriefe über die K. auszugeben? 780 a 2. — Kann sie nach der Beschlagnahme des G. noch wachsen? 843 a 6. — Verwandlung der K. in eine gewöhnliche Hypothek 781 ff., in ein zinsbares Kapital 782 a 7. — Pfandklage aus der K. 801. — Einreden gegen diese Klage 805. — K., bei ihr keine Succession des Eigenthümers 793 a 2. — K. in der Subhastation, beim Ausbleiben im Kaufgelderbelegungstermin ist nichts anzusetzen 829 a 5.

Keller, Superficies an einem K. 673 a 4.

Kinder. Handlungsunfähigkeit der K. 144 ff., insbesondere beim Besitzerwerb 328 a 3. — Gegen seine K. kann der Vater nicht ersitzen 366. — Schenkungen an K. kann jeder Dritte acceptiren 145 a 2. — K. erster Ehe, gesetzlicher Pfandrechtstitel derselben an Grundstücken des zur zweiten Ehe schreitenden Vaters 749. — K. aus putativen Ehen sind lehnsfähig 861. — Ueber die Legitimität nachgeborener K. aus geschiedenen Ehen entscheidet das Datum der Rechtskraft des Scheidungsurtheils 287. — Domicil unehelicher K. 49. — Rechte der unehelichen K. gegen den Schwängerer, nach welchen Gesetzen sie zu beurtheilen sind 53 a 6. — Die Anerkennung unehelicher K. darf nicht bedingt geschehen 174 a 8, muß wenigstens in einer öffentlichen Urkunde enthalten sein 211 a 7. — Urtheil über die Ansprüche der Mutter aus der außerehelichen Schwängerung präjudicirt den K. nicht 297 a 4; s. auch Alimente. — Urtheil über die Legitimität eines K., inwiefern es gegen Dritte Rechtskraft hat 297 a 4. — Lehnsfähigkeit legitimirter K. 861.

Kindheit, Dauer derselben 142.

Kirche. Korporation 97 ff.; wer ist Rechtssubjekt? wer sie vertritt 103 a 2; 40jährige Verjährung gegen dieselbe 398 a 2. — Gegenstand des Privateigenthums 131. — Ablösung der an die K. zu entrichtenden Reallasten 476 a 12. — Befreiung von Grund- u. Gebäudesteuern 98 a 11.

Kirchengebäude. Abgaben u. Lasten zur Erbauung u. Unterhaltung der K. sind nicht ablösbar 474 a 4.

Kirchengemeinde, Eigenthümerin des Kirchenvermögens 98 a 12, 13.

Kirchengesellschaften haben die Vorrechte der Minderjährigen (restitutio in integrum) 305.

Kirchengut. Verwaltung des K. 109 a 8. — K. aufgelöster Parochieen 112 a 6. — Das Grundeigenthum der Kirche muß nicht im Grundbuche eingetragen werden 435.

Kirchenstuhl, Ersitzung desselben 388 a 11.

Kirchenzehnten 721.

Kirchhof. Erwerb von Wegrechten an einem K. durch Verjährung 388 a 7. — Verkehrsfähigkeit des K. nach seiner Schließung 130 a 7.

Klaganmeldung. Begriff u. Erfordernisse 278 a 13, unterbricht die Klageverjährung 278 a 13, 373 ff. u. die Ersitzung, 395.

Klage: 1) Begriffsentwicklung 261. Klage nach R. C. P. O. 265. — 2) Die Klagbarkeit 261 ff.; insbesondere bei bedingten Geschäften 181. — 3) Eintheilung der K.: dingliche, in rem, persönliche, in personam, Straf- u. Vermögensklagen 263. — Petitorische u. possessorische 263. — Präparatorische, auf Erfüllung u. Ersatz 263. — 4) Substantiirung der K. 265 ff. — Fundamentum, proximum u. remotum. 265. — 5) Klagpetitum u. Abänderung desselben 266 a 7. — 6) Beweislast 267 ff. — 7) Klaglegitimation 290 a 15. — 8) Klagänderung u. inwieweit sie zulässig ist 284 a 7. — 9) Erhebung der K., worin liegt sie nach der R. C. P. O.? 278 a 14. — Folgen für das eingeklagte Recht 277. — Zurücknahme der K. 280 a 10. — 10) Verjährung der K. s. Verjährung. — 11) Einzelne K. s. bei actio.

Kleinzehnten 722.

Kloaken an der Grenze 504.

Kloster, Korporation 98. — Eigenthum der K. braucht im Grundbuche nicht eingetragen zu werden 435.

Klostergeistliche sind lehnsunfähig 861.

Klostergelübde. Einfluß des K. auf die Rechtsfähigkeit 76 ff.

Knappschaftsvereine Korporationen 99 a 26, 629.

Digitized by Google

Kodifikationen im Gegensatz zu derogatorischen Gesetzen 56 a 1.

König. Inwieweit der K. den Gesetzen unterworfen ist 54 a 1. — Vermögen des K. 54 a 2.

Kohlenabbaugerechtigkeit gehört zum Immobiliarvermögen 126 a 10.

Kollektivprokura 242 a 5.

Kollision der Privatrechte 70. — Grundsätze bei Entscheidung der K. 70 ff.

Kommissionär, Verjährung seiner Forderungen 382, im Uebrigen s. Kommissionsvertrag.

Kommissionsvertrag. Kommissionär ist mittelbarer Stellvertreter 234 a 3. — Er erwirbt an den ihm zum Verkauf kommittirten Sachen durch die Tradition nicht Eigenthum 549 a 11. — Gesetzliches Pfand- u. Retentionsrecht desselben am Kommissionsgut 850 ff.

Kommodat. Form 197. — Rechtliche Natur des K., ein durch den Besitz dingliches Recht 410. — Kommodatar ist unvollständiger Besitzer 324.

Kommune s. Gemeinde.

Kommunikationsweg s. Weg.

Komunkurator, Vertreter der Lehnsprätendenten bei der Sonderung des Lehns vom Allod 868.

Kompensation. Muß sich Käufer einer vermietheten Sache die schon vor dem Kauf geschehene Tilgung erst künftig fälliger Miethszinsen durch Kompensation mit Gegenforderungen des Miethers gefallen lassen? 677 a 9.

Kompromiß. Geschichtliches, Begriff. Eingehung, Form 306 ff., insbesondere rechtliche Natur desselben 307 a 5. — Zur Eingehung bedarf es der Specialvollmacht 238, 309 a 7. — Aufhebung u. Rücktritt vom K. 311; s auch Schiedsrichter und Schiedsspruch.

Konzession als Privileg. Exklusivität einer solchen 45 a 4. — K. für Bauten 495 ff.

Konzipirte. Rechtsfähigkeit der K. 79.

Konfession. Einfluß der K. auf die Rechtsfähigkeit 88 ff.

Konfessorienklage. Begriff 643 ff. — Aktiv- u. Passivlegitimation 643 ff. — Actio nata 645 a 16. — Petitum der K. 645 a 17 ff.

Konfusion von Forderungen zwischen den einzelnen fiskalischen Kassen 113 a 2. — K. als Endigungsgrund der Servituten 701. — Vereinigung von Erbpacht und Servitut, bewirkt sie K.? 701 a 12. — K. von Hypothek u. Eigenthum 751. — K. trifft ein, wenn der Ersteher eines subhastirten Grundstücks perceptionsberechtigt am Kaufgelde ist 825 a 14.

Kongregationen 77 a 5; s. Orden.

Konkludente Handlungen, Willenserklärung durch solche 190. — Anerkennung durch solche 161 a 11.

Konkurrirende culpa siehe Verschuldung.

Konkurs. 1) Eröffnung des K., wo sie im G. bemerkt wird 443. — Einfluß der K.-Eröffnung auf eine schwebende Mobiliar-Exekution 854. — 2) Der K. ergreift auch Sachen des Kridars, die zum Schein veräußert sind 215. — 3) Einfluß des K. auf die Klagverjährung 368 a 22. — 4) Einfluß des K. eines Käufers auf den Uebergang des Eigenthums und der Gefahr der an ihn übersendeten Waaren 551 ff.; die Vindikation dieser Sachen durch den Absender 551 a 6. — Inwiefern kann die Konkursmasse des eingetragenen Grundstückseigenthümers, der verkauft und tradirt, aber noch nicht aufgelassen hat, vom Verkäufer vindiciren? 562 a 8. — Wirkung des K. auf bereits angemeldete, noch nicht eingetragene Hypotheken 453 a 9. — Realgläubiger u. K.-Verwalter können die Eröffnung der Subhastation beantragen 806 a 4, 811 a 4. — Die K.-Gläubiger können auch eine Hypothek des Eigenthümers im Falle der Subhastation nach Maßgabe des auf diesen entfallenden Antheiles liquidiren 796 a 15. — Einfluß des K. auf die Arrestprotestation 753. — Die Beschränkung der Einreden gegen dritte Erwerber von Hypotheken greift der K.-Masse des Pfandschuldners gegenüber nicht Platz 804 a 6. — 5) K. eines Pfandschuldners: wann entzieht er dem Pfandgläubiger das Verfügungsrecht über die Pfandsache? 841. — Pfandgläubiger nehmen an demselben nicht Theil 806; Sonderung des Immobiliarvermögens von der Gemeinmasse durch den K.-Verwalter 806. — Gegen wen die Pfandklage beim K. des Pfandschuldners zu richten ist 801 a 6. — Gesetzlicher Uebergang von Hypotheken zu Gunsten dessen, der einen Pfandgläubiger nach Eröffnung des K. über den Pfandschuldner befriedigt 762 a 22. — 6) Schicksal des Faustpfandrechtes im K. des Schuldners 836, 841. — Geltendmachung des Retentionsrechtes im K. des Schuldners 849. — 7) Gesetzliches Pfand- u. Retentionsrecht der Werkmeister, Handwerker und Arbeiter an den von ihnen gefertigten Sachen u. der Kommissionäre, Spediteure u. Frachtführer am Gute 850. — 8) Kon-

Digitized by Google

kurs des Lehnsbesitzers 686. — Die Lehnssonderung dabei 866 a 1 ff. — 9) Einfluß des K. des Grundstückseigenthümers auf eingetragene Vormerkungen 751. — 10) Anfechtung simulirter Geschäfte im K. 215. — 11) Vorzugsrechte im K.: Privilegien des Fiskus 115 a 7. — Vorzugsrechte der Realrechte 720. — 12) Urtheil zu Gunsten „eines" K.-Gläubigers wirkt auch für die übrigen 298 a 7. — Ein gegen den K.-Kurator ergangenes Urtheil hat keine Rechtskraft gegen den Gemeinschuldner, wenn der K. wegen Mangels seiner Voraussetzungen aufgehoben wird 297 a 2. — 13) Der Gemeinschuldner ist dann nicht Rechtsnachfolger der K.-Masse, wenn der K. wieder aufgehoben wird 297 a 2.

Konnossement, Uebergabe und Indossirung des K. enthält eine symbolische Tradition der Waare 330 a 8, insbesondere eine symbolische Verpfändung der Waare 842.

Konsens (einseitige Zustimmungserklärungen). Form derselben 195 a 4. — K. für Lehnsschulden 867 a 10. — K.-Princip bei Eintragungen im Grundbuche 444 a 8, 742; Ausnahme davon beim Eigenthum 567. — Ehemännlicher K., Recht des Ehemannes zur Ertheilung ist an seine Person gebunden 237 a 18.

Konsolidation von Bergwerksfeldern 631 ff. — K. von Eigenthum und dinglichen Rechten 636, z. B. beim Nießbrauch 651.

Konstitutive Rechtsgeschäfte 157.

Konsumtibeln 128; Nießbrauch an solchen 647.

Konsumtion der Früchte 537.

Kontrasignatur der Minister bei Gesetzen 34 ff.

Kontrebande 531.

Konvalescenz der wegen Handlungs- und Verfügungsunfähigkeit ungültigen Rechtsgeschäfte, insbesondere durch Anerkennung u. Ratihabition 141. — K. des der Auflassung zu Grunde liegenden in der Form mangelhaften Geschäfts durch die Auflassung 201 a 5. — K. der von einem Unbefugten bewilligten Hypothek durch nachträgliche Eintragung dess Iben als Eigenthümer 745. — K. der Faustpfandbestellung 834.

Konventionalstrafen werden bei Berechnung der Höhe eines Vertragsobjektes nicht mit eingerechnet 196 a 10.

Konversion der Rechtsgeschäfte 188 a 3.

Koppelhut, Servitut 708 a 15; s. auch Weidegerechtigkeit.

Korporation. Begriff 95 ff. — Unterschied von Gesellschaft 118. — Korporationsrechte 96. — Ertheilung derselben jus confirmandi oder constituendi 96 a 4, in welchen Fällen die Ertheilung durch Gesetz zu erfolgen hat 97 a 5. — Verfassung der K. 100 ff. — Beschlüsse der K., Generalversammlungen 101. — Stellvertretung bei Abstimmungen 101 a 5. — Stimmberechtigung der Weiber 101 a 5. — Vorstand der K., Dauer seines Amtes 102. — Zwang zur Uebernahme dieses Amtes 102 a 9. — Korporationsbeamte, Ernennung u. Absetzung derselben 108 a 2. — Vertretung der K. nach außen 103 ff., durch Mitglieder 104; letztere erwerben Besitz für die K. 337; wonach sich dabei die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes bestimmt 337 a 11 u. 12. — Austritt und Ausstoßung aus der K. 102. — Ende der K. 110. — Vertretung nach der Auflösung 111 a 4. — Religiöse K., Selbständigkeit derselben 109 a 8.

Korporationsbeamte s. Korporation.

Korrealhypothek s. Gesammthypothek.

Korrespondenz. Vertragsschluß durch K. 198 ff.

Kosten der Cession von Hypotheken u. der Eintragung, wer sie trägt 761. — Bei der Negatorienklage 581 a 11. — Bei Klage auf Einräumung einer Nothservitut 695. — K. der Eintragung einer Hypothek, der Kündigung, der Klage u. Beitreibung, für dieselben ist das verpfändete Grundstück ohne Eintragung verhaftet 778. — K. der Liquidation, d. h. der Betheiligung bei der Subhastation? 778 a 3. — Die K. gehen in der Priorität den Zinsen u. dem Kapital vor 827. — Succession des Eigenthümers in das die Kosten deckende Pfandrecht durch Bezahlung derselben (Hypothek des Eigenthümers) 794 a 4. — K. der Subhastation u. Sequestration werden bei der Kaufgeldervertheilung von der Masse vorweg abgezogen 826, die des Zuschlagsurtheils trägt der Adjudikatar direkt 826 a 2.

Krankheit. Einfluß der K. auf die Willensfähigkeit 230.

Kreditanstalten, landschaftliche können ohne vorgängiges processualisches Verfahren Subhastation beantragen 811 a 4; sie brauchen in der Subhastation keine Bietungskaution zu leisten 817 a 6.

Digitized by Google

Kreditgeben an Minderjährige 145 a 9. — Vermuthete Vollmacht zum K. 240 a 11.

Kreis, korporativer Verband 97 a 2.

Kriegsbeute 531.

Kriegskontrebande 531.

Kriminalurtheil, Wirkung desselben auf den civilrechtlichen Anspruch aus dem Vergehen 300 a 15, 16.

Kündigung der Pfandschuld als Voraussetzung der Pfandklage 801. — Wem und von wem die K. einer cedirten Hypothek zu geschehen hat 759. — Desgl. einer Grundschuld 765. — K. der Miethe in Folge der Subhastation des Miethgrundstücks 679. — K. der im Nießbrauch stehenden Forderung? 665.

Künftige Sachen, Verkauf derselben 212 a 15. — Verpfändung derselben 834.

Küstenfischerei 527.

Küsterei. Ablösung der an K. zu entrichtenden Reallasten 475 ff.

Kunstverständige haften für geringes Versehen 252.

Kurator s. Pfleger. K. ventris 79, furiosi 147 ff., des Konkurses s. Konkurs. — K. der dem Aufenthalt nach unbekannten zur Hebung berechtigten Pfandgläubiger in der Subhastation 830. — K. der unbekannten Fideikommißanwärter 876 a 5.

Kux der alten Gewerkschaft. Begriff 620. — Immobiliarqualität des K. 621 a 7. — Bis zur Verleihung des Bergwerks sind Kuxe künftige Sachen 611 a 2. — Bei Veräußerung des K. haben die Gewerke kein Vorkaufsrecht 621 a 11, 883 a 7. — Anders nach Aufhebung des Bergwerks 624. — Miteigenthum Mehrerer an einem K. 621 a 6. — Vereinigung aller K. in einer Hand 621 a 5. — Neukux der reformirten Gewerkschaft 621. — Amortisation 626 a 7. — Entziehung der K. 627. — Grund- u. Freikux 629.

L.

Ladeschein; Indossirung desselben enthält eine symbolische Tradition der Waare 330 a 7; auch zum Zweck der Verpfändung 843.

Lärm, ungewöhnlicher, a. negatoria? 503 a 22.

Lästige Verträge 138 a 4.

Lagerholz, Recht auf dasselbe 711.

Lagerschein. Symbolische Tradition der Waaren durch Indossirung des L. 330 a 7.

Landerbe, Rechte bei Sonderung des Allods vom Lehen 868 ff.

Landgut. Begriff 125 a 4. — Pertinenzen des L. 122 a 4. — Arten des L.; Ritter- u. Bauergüter 125 a 4. — Pachtverträge über L., deren jährlicher Zins 600 Mark übersteigt; Form derselben 212 a 23.

Landsassiatus plenus 86 a 4.

Landstraßen, öffentliche 595 ff.; Expropriation für dieselben 62 a 2.

Landwege 595 ff. — Territorien der öffentlichen L. brauchen im Grundbuche nicht eingetragen zu werden 435.

Laßgüter 469 ff. — Geschichtliches 469. — Regulirung derselben 470.

Lasten, gemeine öffentliche, Näheres 717. — Sie brauchen im Grundbuche nicht eingetragen zu werden 639, 717. — Vertheilung derselben bei Parcellirungen 566. — Ersitzung der Befreiung von denselben 401 a 10. — Sie sind bei der Kaufgeldervertheilung in der Subhastation absolut privilegirt 826; s. auch Abgaben. Bäuerliche L. s. bäuerlich.

Laudemium. Rechtlicher Charakter 727 a 2. — Bemessung der Höhe im Zweifel 728 a 8. — Ablösung des L. 729.

Leben. Präsumtion des L. 81. — Einfluß dieser Präsumtion auf die Vermögensrechte des Verschollenen 82. — Todeserklärung 82.

Legalitätsprincip in der Hypothekenordnung 430, in der Grundbuchordnung 465.

Legalservituten 491 ff.; insbesondere das Nachbarrecht s. dieses. — Geltendmachung der L., insbesondere die Aktivlegitimation dazu 508. — Ersitzung der Befreiung von den L. 508 a 21.

Legen der Bauerhöfe war verboten 470.

Legitimation zum Proceß (von Amtswegen zu prüfen) 269 a 15. — L. zur Sache, aktive und passive, muß nachgewiesen werden 269 a 15.

Legitimation durch nachfolgende Ehe macht die Kinder lehnsfähig 861.

Legitimationspapiere haben nicht die Rechte der Inhaberpapiere 423 a 15.

Legitimität nachgeborener Kinder geschiedener Ehefrauen wird durch das Datum der Rechtskraft des Scheidungsurtheils bestimmt 286 a 10, 287. — Inwiefern ein Urtheil über die L. Rechtskraft gegen Dritte hat 297 a 4.

Lehn. I. Getheiltes Eigenthum 408, 855. — Obereigenthum nur bei Thronlehn 408. — II. Begriff des L. u. Arten 857 ff. — III. Lehnspersonen: Besitzer u.

Digitized by Google

Anwärter (Descendenten und Agnaten) 857 ff. — IV. Begründung des L.: 1) Investitur u. Ersitzung 858 ff., Verbot derselben 859. — 2) Exspektanzen und Eventualbelehnungen 859. — 3) Mitbelehnung 860. — 4) Lehnserneuerung 860. — V. Lehnsfolge 860 ff. — Lehnsunfähige 860. — Lehnsfolgeordnung 862. — VI. Rechtsverhältniß u. Rechte: 1) der Lehnsbesitzer 863; s. auch Lehnsbesitzer. — 2) der Lehnsanwärter 864; Eintragung derselben im Grundbuche 443, 864, 870, 871. — VII. Lehnsanfall, successio ex pacto et providentia majorum 864 ff. — Descendenten können beim Lehnsanfall die Allodialerbschaft ausschlagen 865 ff — Lehnsanfall der Agnaten; ob diese an Verfügungen des Vorbesitzers gebunden sind 865, 866 a 7. — VIII. Actio feudi revocatoria der Lehnsfolger u. der Lehnsretrakt 866. — IX. Lehnsschulden s. diese. — X. Lehnssonderung vom Allod 868 ff.; Klage auf dieselbe 868 a 1. — XI. Aufhebung der Lehnseigenschaft 870 ff. — XII. Verwandlung des L. in ein Fideikommiß 871, 874 a 2 u. 5, 875 a 11.

Lehnsabfindung 871; sie hat dingliche Natur 871 a 9.

Lehnsagnaten 857.

Lehnsallodifikation 855 ff.

Lehnsanfall 864 ff.

Lehnsanwärter 857, Eintragungspflicht 870 a 1, 871.

Lehnsanwartschaft 859, Eintragung der L. im Grundbuche 864.

Lehnsauflösungsgesetze 871 a 8.

Lehnsbehörde s. Lehnshof.

Lehnsbeilaßstücke 869.

Lehnsbesitzer ist Eigenthümer 863. Rechte der L. 864. — Veräußerungsbefugniß des L., Protestation der Anwärter dagegen 864. — Deterioration des Lehngutes durch den L. 864.

Lehnsbrief 858, 860 a 14.

Lehnseinkünfte, Beschlagnahme der L. 868.

Lehnserneuerung 860.

Lehnsexspektanzen 859.

Lehnsfähigkeit 859.

Lehnsfelonie 860, 863 a 5.

Lehnsfolge 860 ff.

Lehnsfrüchte s. Frucht.

Lehnshof 856, 858, 864, 870 a 5.

Lehnsinventar über die Beilaßstücke 869.

Lehnskompetenz, Recht des Lehnsbesitzers im Falle der Exekution 868 a 14.

Lehnsmuthung 860; Versäumniß der L., Felonie 860, 863 a 5.

Lehnspersonen 857.

Lehnspertinenzen 868 ff.

Lehnsquantum 870 a 6.

Lehnsretrakt 866 a 9.

Lehnsschulden, Arten 866 ff.; insbesondere gesetzliche u. konsentirte 867 a 3 u. a 7.

Lehnssonderung 868.

Lehnsstamm 870.

Leibzucht 724 ff.

Leidenschaft, heftige, bei Willenserklärungen 230 a 2; absichtliche Erregung der L. u. Anzeigepflicht 231.

Leihanstalten. Städtische L. haben das Recht des außergerichtlichen Verkaufs der Pfandsachen 839.

Leinpfad 595 a 3.

Leseholzgerechtigkeit 712.

Letztwillige Zuwendungen an juristische Personen 109 ff. — L. Verfügungen des Testators über die Bevormundung seiner Kinder, Form derselben 197 a 14. — Bei gerichtlicher Aufnahme l. Verordnungen bedarf es der Zuziehung eines Protokollführers 208 a 11. — Vergleich über l. Verfügungen vor Publikation derselben 165 a 5. — Bedingungen zu Gunsten Dritter bei l. Zuwendungen, ob dieselben bei verweigerter Annahme als ausgefallen oder erfüllt gelten 179 a 3.

Lex posterior derogat priori 56. — L. commissoria 410, 798.

Licht (Fensterrecht) 505, 704.

Lichtschacht 506 a 10 unter 6.

Licitation in der Subhastation 816 ff.; Näheres s. Subhastation VI b.

Linealerbfolge bei Lehn 862 a 16.

Liquidität der Beweismittel als Voraussetzung des Mandatsprocesses 301.

Liquidation der Ansprüche der Subhastationsinteressenten im Kaufgelderbelegungstermin 828; Verfahren bei Bestreitung derselben durch den Subhastaten 829.

Liquidationstermine der Börsengeschäfte 247 a 10.

Litigiosität, Begriff 280. — L. entsteht durch Klagbehändigung 281; Dauer nach dem Urtheil 281 a 5; durch Einleitung einer nothwendigen Subhastation 282 a 8, 814. — Bei Veräußerung litigiöser Sachen im Konflikt mit der bona fides des Erwerbers 282; Ersitzung litigiöser Objekte 388 a 10.

Litiskontestation, Wirkungen 275 ff.

Litisdenunciation unterbricht die Klagverjährung 374 a 13.

Litispendenz, Verjährung 377.

Digitized by Google

Litlohn, Vorrecht in der Subhastation 826 a 4.
Locus regit actum 52 a 9.
Lokusprincip entscheidet bezüglich der Rangordnung der Pfandgläubiger 783.
Löschung im Grundbuche dinglicher Rechte 641 ff., von Hypotheken u. Grundschulden 788 ff., von Vormerkungen 464, der Lehnseigenschaft 870 a 5, Löschung der Hypotheken u. des Subhastationsvermerks nach Abschluß des Subhastationsverfahrens 831; s. übrigens Einschreibung.
Lohgruben an der Grenze 504.
Lohn. — Verträge über Auszahlung des L. an Arbeiter anders als in baarem Gelde sind unzulässig 157 a 3. — Vorrecht des L. ländlicher Arbeiter in der Subhastation 826. — S. auch Finderlohn.
Longobardische Lehnsordnung 862.
Loos, wann dasselbe bei Kollision von Rechten entscheidet 70 a 4, 71 a 7.
Lucrum cessans 253.
Lücken in Verträgen, Ergänzung 245 a 3.
Luftraum über Grundstücken, wem er gehört 487. — Benutzung des L. mit Rücksicht auf das Nachbarrecht 500 ff.
Lukrative Verträge 138.

M.

Machtspruch Hemmung der Verjährung 368 a 21.
Mahnung, außergerichtliche, unterbricht nicht die Klagverjährung 375.
Majorat 881.
Mala fides s. Glaube.
Mandat s. Vollmacht. — M. im Mandatsproceß s. Mandatsproceß.
Mandatskündigungsklage 301 a 6.
Mandatsproceß, Begriff u. Fälle 300 ff., bei der Pfandklage 801, Nachklage 302. — Gegen wen diese zu richten ist, wenn die Forderung aus dem Mandat cedirt ist 302 a 10. — Rechtskräftiges Mandat als Pfandrechtstitel 749.
Mantelkinder, ihre Lehnsfähigkeit 861.
Manu brevi traditio 331.
Marginalien des Landrechts 17.
Mark, gemeine, 107 a 11; s. auch Gemeinheitstheilung.
Markgenossen 107 a 11.
Marktstandsgelder; Ersitzung einer Befreiung 387 a 3.
Massenschulden, solche, die von der Kaufgeldermasse bei der Kaufgeldervertheilung im Subhastationsverfahren vorweg abgezogen werden 826.
Mastungsrecht 714.
Materialien des Landrechts 17.
Mauer als Grundstücksgrenze, Präsumtion des Eigenthums an solcher 489. — Eigenthum an der gemeinschaftlichen M. 489 a 15. — Servitus tigni immittendi, oneris ferendi 703. — Reparaturpflicht des belasteten Grundstücks 685, 703.
Mauerschwamm in Scheidemauern 499 a 9.
Meer, dem Privateigenthum entzogen 130, 583.
Meeresarme 585.
Meeresufer, nach Landrecht öffentliche Sachen, nach römischem Recht res omnium communes 130.
Meerfischerei 527.
Mehrseitige Rechtsgeschäfte 138 a 2.
Meistbietende im Subhastationsverfahren 819; s. auch Subhastation.
Meliorationen s. Verwendung.
Mengekauf, Ausübung des Vorkaufsrechts dabei 885 ff.
Miethe u. Pacht, rechtliche Natur derselben (eingeschränkte Nutzungsrechte) 410, 675 ff. — Sie werden dinglich durch den Besitz (Eintragung nicht erforderlich) 410, 638; — wo sie im Grundbuche vermerkt werden 443. — Wirkung der Eintragung 675 a 3, 681. — Miether und Pächter nach römischem Recht Detentor, nach Landrecht unvollständiger Besitzer 324, 676. — Veräußerung der Miethsache durch den Vermiether (Kauf bricht Miethe) 676 ff., Rechtswirkungen derselben bezüglich der Miethszinsen 677; bezüglich der Verbindlichkeiten des Verkäufers 678, bezüglich der Rechte des Miethers und Pächters gegen den Verkäufer 678 ff., Retentionsrecht desselben gegen den Käufer 678 a 12. — Einfluß von Parcellirungen der Miethsache auf das Miethsverhältniß 679. — Einfluß nothwendiger Veräußerungen, insbesondere der Subhastation 679 ff., 823 ff. — Vermiethung nach der Beschlagnahme 679 a 17. — Gesetzliches Pfandrecht des Vermiethers u. Verpächters an den Illaten des Miethers und Pächters und den Früchten des Pachtgutes 852. — Retentionsrecht des Vermiethers u Verpächters 853. — Besitzstörungen gegen den Miether oder Pächter berechtigen auch den Vermiether oder Verpächter zum possessorium summariissimum 347. — Retentionsrecht des Miethers u. Pächters wegen Meliorationen 849 a 17. — Fruchterwerb des Pächters 536. — Mieth- u. Pachtzinsen

Digitized by Google

unterliegen dem auf dem vermietheten oder verpachteten Grundstück lastenden Pfandrecht 774; dieselben werden bei der Subhastation im Falle eines gleichzeitigen Konkurses des Grundstücksbesitzers von der Gemeinmasse gesondert 806. — Inwieweit Miethe- und Pachtzinsen eines subhastirten Grundstücks dem Adjudikatar gebühren 824. — Vorauserhebung, Verpfändung, Abtretung der Miethszinsen zum Nachtheil der Pfandgläubiger verboten 774. — M. wieweit sie dem Beginn einer Verjährung entgegensteht 366 a 10.

Militär. Domicil der Militärpersonen 50 a 2. — Handlungsfähigkeit derselben 140.

Minderjährige. Beschränkte Handlungsfähigkeit der M. 140, 142 ff., 144 ff. — Unfähigkeit der M. zu Veräußerungen und verpflichtenden Geschäften 146. — Haftung der M. aus Delikten und gesetzlichen Obligationen 147. — Verträge der M. ohne Zustimmung des Vormundes oder Vaters 146 a 10, 11. — Restitutio in integrum des M. 304 ff. — Ausgeschlossen für Gewaltuntergebne 304 a 4. — Verjährung gegen M. 367 ff.; kurze Verjährung 384 a 15. — Todeserklärung der M. 84. — Gesetzlicher Pfandrechtstitel an Grundstücken des Vormundes ist aufgehoben 748 a 7.

Minderjährigkeit, Dauer 142 a 5. — Verlängerung der M.? 144 a 18.

Minorat 881.

Minorenn s. minderjährig.

Mißbrauch der Privilegien, Aufhebungsgrund 46. — Folgen des M. in der Ausübung von Privatrechten 69. — M. in der Verwaltung öffentlicher Anstalten (jus reformandi) 110.

Mißgeburt, Rechtsfähigkeit derselben 79 a 4.

Mitbau zur Hälfte, Recht des Grundeigenthümers auf denselben 629 a 6.

Mitbelehnung 860 a 11.

Mitberechtigte. Inwiefern ein Urtheil zu Gunsten „eines“ M. für die anderen wirkt 299 a 1; s. auch solidarisch.

Mitbesitzer, possessorische Klage unter denselben 348 a 9.

Miteigenthum, Begriff 509. — Verwaltung und Benutzung der gemeinschaftlichen Sachen, Rechtsstellung des Miteigenthümers 511; Individualrechte der Miteigenthümer 312; insbesondere das Veräußerungs- u. das Vorkaufsrecht 513, 883. — Haftpflicht der Miteigenthümer untereinander 514. — Theilung des M.; wo dieselbe ausgeschlossen ist 514 a 1; Provokation auf dieselbe, freiwillige Subhastation 515, 766; Verfahren 515. — Naturaltheilung 516, Privattheilung 517. — M. an der gemeinschaftlichen Mauer 489 a 15; am Grenzbaum 489 a 16. — Ideelle Antheile eingetragener Miteigenthümer als Gegenstand von Hypotheken 769 ff.; als Gegenstand der Subhastation 823 a 6. — Succession des Miteigenthümers, der einen Pfandgläubiger ohne Theilnahme des Miteigenthümers abfindet, in das Pfandrecht (Hypothek des Eigenthümers) 794 a 6. — Bestellung u. Erwerb von Grundgerechtigkeiten durch u. für Miteigenthümer 691. — Verzicht seitens eines der Miteigenthümer resp. einem derselben gegenüber, ob er die Grundgerechtigkeit aufhebt 699. — Klage auf eine Nothservitut ist gegen alle Miteigenthümer zu richten 695.

Mithut 684 a 2.

Mitheber, Vorkaufsrecht derselben beim Verkauf von Schiffsparten aufgehoben 883 a 6.

Mixta privilegia 44 a 3. — M. statuta 49 a 5.

Mobiliar, Pertinenzqualität 123 a 10. — M.-Vermögen 125 a 5.

Mobiliarexekution in Pertinenzen eines Grundstücks 124, Kollision mit den Rechten der Hypothekarien? 772 a 10.

Mobilien. Nach welchen Gesetzen die Rechtsverhältnisse der M. zu beurtheilen sind (mobilia ossibus insunt?) 47 a 6. — Begriff nach Landrecht, Hausrath, Möbel u. Geräthschaften 125 a 5. — Besitz, Erwerb an Mobilien 332 ff.; Pfandrecht an den M. s. Pfandrecht. — Schätze in M. 535 a 2.

Modus 185 ff.

Mönch, Rechtsunfähigkeit desselben 76. — M. können nicht besitzen 326.

Monat, Zeitdauer 135

Mortifikationsschein 845 a 6.

Mühlen, Windmühlen 507, Wassermühlen 592 ff.

Mündigkeit, Anfangspunkt 142.

Munition. Aneignung verschossener M. 431 a 9.

Muthung, Begriff u. Erforderniße 608; insbesondere das M.'s-Gesuch 609. — Priorität kollidirender M. 610.

N.

Nachbarrecht. Eigenthumsbeschränkungen im Interesse der Nachbarn 499. — Eintragung im Grundbuche? 442 a 6. — Ist beim Verzicht Eintragung nöthig? 508 a 20. — Grenzüberschreitungen 500. — Negatorienklage u. Konfessorien-

Digitized by Google

Klage, Legitimation in Folge des Besitzes des pr. dominans 342 a 5.

Nachlaß. Der gesammte N. vererbt sich nach dem letzten Domicil des Erblassers 51 a 8.

Näherrecht, gesetzliches 882.

Nascituri als Fideikommißnachfolger 79, 880, 876.

Naturaleigenthümer unterliegt der Subhastation 812 a 2.

Naturalia negotii 153; naturalis computatio 134.

Naturalobligation, ob eine solche nach der Klagverjährung zurückbleibt 379. — Bei mündlichen Verträgen, während Schriftlichkeit gefordert wäre, 201, nach der Verjährung 379.

Naturaltheilung bei Miteigenthum, Entwährung 516.

Naturalübergabe s. Tradition.

Naturalzehnten 723.

Nebenabreden. Mündliche N. der Verträge 203 ff.

Negative Rechte, Begriff u. Arten 75 a 2, 3; Erwerb u. Verlust des Besitzes an solchen 355 a 8, 356 a 3.

Negatorienklage, Voraussetzung, Geschichtliches 343 a 8, 579 ff.; wo sie stattfindet 580. — Aktivlegitimation 580 a 5. — Passivlegitimation 581. — Petitum und Beweislast 581, 582 a 16, 17. — N. wegen Ueberschreitung des Nachbarrechts 502 ff. — N. auf Bewilligung der Löschung 788, insbesondere einer Vormerkung 464 a 11.

Negotium claudicans 146 a 10. Accidentalia, essentialia, naturalia n. 153.

Neubau bedarf polizeilicher Konzession 495. — N. an der Grenze 505, 505 a 9.

Neuerliche Besitzstörung 347.

Neukur 625 ff.

Nichtgebrauch. Verlust der Privilegien durch N. 46 a 1. — Verlust des Rechtsbesitzes durch N. 357 a 4. — Erlöschen des Nießbrauchs durch N. 651 a 14.

Nichtige Verträge in Ansehung des Inhalts: Beispiele 154 ff. — Behandlung derselben 156.

Nichtigkeit eines Geschäfts, absolute u. relative 139. — Der Vorkaufsberechtigte kann bei nichtigem Verkauf kein Recht geltend machen 886 a 7. — Gründe der N.: Zwang, Betrug, Irrthum, Trunkenheit, fehlende Form, fehlende Handlungsfähigkeit s. diese Worte.

Nichtigkeitsbeschwerde s. Rechtsmittel.

Nichtigkeitsklage auf Vernichtung von Rechtsgeschäften 139 a 8; insbesondere von Ehen 140 a 9. — N. auf Vernichtung von Urtheilen 285 a 3.

Nichtkenntniß des Rechts s. Recht.

Nichtpreußen, Rechtsfähigkeit derselben 86 a 2.

Niederreißung eines Gebäudes Besitzstörung? 339 a 10.

Nießbrauch. I. Allgemeines: a) rechtliche Natur u. Begriff 410, 635, 646 ff.; der Nießbraucher ist unvollständiger Besitzer 324. — Wo der N. im Grundbuche vermerkt wird 443. — b) Arten des N.: eigentlicher und uneigentlicher (quasiususfructus) 647 a 6. — c) Entstehungsgründe des N. 648; insbesondere der gesetzliche N. 648 a 6, 7; Verjährung 648 a 5, 649 a 10. — Accrescenz bei Zuwendung des N. an Mehrere 649 a 11. — Zur Wirksamkeit des N. an Grundstücken gegen Dritte ist Eintragung nöthig 649 a 9, 637 ff. — d) Beendigung des N. u. deren Gründe 649 ff. — II. N. an körperlichen Sachen: 1) Die einzelnen Rechte des Nießbrauchers: a) Nutzungsrecht, worauf es sich erstreckt 652 ff.; insbesondere beim N. an einem verliehenen Bergwerk 653 ff., 654 a 21; am Holzertrage 655; Fruchterwerb des N. 537, 652 ff. — b) Andere Rechte: Rechtsmittel des Nießbrauchers 655; Ersatzansprüche wegen Impensen 655 a 6. — Uebertragbarkeit des N. 657 ff.; ob dem Nießbraucher die Negatorienklage zusteht 580 a 5. — 2) Pflichten des Nießbrauchers 658 ff.; insbesondere bezüglich der Deteriorationen, Reparaturen u. der Aenderung der Nießbrauchsache 659 a 4, 5 ff. — Rechte des Pfandgläubigers bei Deteriorationen durch den Nießbraucher 800. — Haftung des Nießbrauchers für Abgaben u. Lasten, event. Proceßkosten; Klage des Eigenthümers darauf 661. — 3) Beendigung des N. und Auseinandersetzung 662 ff., 537. — III. N. an Forderungen, Kapitalien, eigentlicher und uneigentlicher 664 ff.; an Rechten anderer Art, Aktien, Renten, Antheilen an einer offenen Handelsgesellschaft, am Autorrecht 666; an einem Vermögen 669 ff. — IV. Beschränktes Nutzungsrecht zur persönlichen Nothdurft 671 ff.

Niet- u. nagelfestes ist Pertinenz 123.

Nominatio auctoris bei der Vindikation 570, bei der Negatorienklage 581 a 10.

Nonnen. Rechtsunfähigkeit der N. nach Landrecht 76 a 4. — N. können nicht besitzen 326 a 3.

Normaljahr 402 ff.

Digitized by Google

Notarielle Ausfertigung vorbehalten, hindert nicht den Geschäftsschluß 217 a 4.
Notarielle Urkunden. Form derselben 208 ff. — Wesentliche u. unwesentliche Formen 191 a 15. — Erleichterung der Formen bei den Urkunden für Einschreibung im Grundbuche 209 a 14; Beweiskraft n. Urkunden 209 ff. — Fälle, bei denen n. Urkunden nothwendig sind 210 ff.
Nothdurft, Nutzungsrecht zur persönlichen N. 671.
Nothservitut 694 ff., behufs eines Baues 508 a 18. — Klage auf dieselbe 695 ff. — Erlöschen der N. 696 a 20.
Nothweg 694 a 12.
Nothwendige Bedingung 183. — N. Veräußerung s. Veräußerung und Subhastation.
Novalzehnte 723.
Novation. Ob im Anerkenntniß u. Vergleich eine N. liegt 162. — N. durch Litiskontestation 275 ff. — Durch Urtheil 288, s. auch Urtheil.
Nullitatis querela 139 a 8.
Nutznießer s. Nießbrauch.
Nutzung s. Frucht.
Nutzungsberechtigte, Kollision mit den Rechten des Hypothekars 773 a 16.
Nutzungsrechte, dingliche. Allgemeines s. bei dinglich; s. auch Nießbrauch u. superficies.

O.

Obereigenthum 407, 468, 855, 863.
Obertribunal, Zuständigkeit 41 a 4. — Plenarbeschlüsse 42 a 5. — Einwirkung auf die Rechtsbildung 42.
Objekte der Verträge, Berechnung ihrer Höhe bezüglich der Schriftlichkeit 196.
Objektiv dingliche Rechte s. dinglich; als Korrelat subjektiv dinglicher R. 74 a 8.
Obligation. Besitz der O.? 353. — Nießbrauch an O. 664 ff. — Verpfändung von O. 844 ff. — Nach welchen Gesetzen die Rechtsverhältnisse aus O. zu beurtheilen sind 52.
Obmann bei Fällen eines Schiedsspruches 313.
Observanz als Rechtsquelle 39. — Beispiele 39 a 3. — Voraussetzungen u. Geltung der O. nach Landrecht 39. — Dem Provinzialrecht angehörige O. 39. — Begründung von Privilegien durch O. 45 a 8.
Occupantis melior conditio est 70 a 3.
Odiosa privilegia 43 a 2.
Oeffentliche Sachen im Eigenthum des Staates u. der Kirchen: Eigenthumserwerb an solchen durch Private ist ausgeschlossen 130 ff., 131 a 8. — Sie unterstehen den Grundsätzen des Nachbarrechts 131 a 11. — Der Staat hat ihretwegen possessorische Rechtsmittel 327 a 6. — Ersitzung derselben durch Private 131 a 12, 388. — Dingliche Rechte an ö. Sachen 636 a 6. — Sachen Privater mit der Stellung ö. Sachen 131 a 10. — Unterschied ö. S. von herrenlosen Sachen 131. — Oe. Urkunden 209. — Oe. Glaube des Grundbuchs 455 ff.
Offerendi jus 432 a 3, 762 a 22, 783 a 4.
Offerte. 1) Begriff 218. — 2) Erklärungsfrist auf eine O. 134 a 3. — 3) Bindende Kraft der O. 218, 219 a 2; von wann beginnt sie? 221 a 12. — Dauer dieser Verbindlichkeit 220; insbesondere bei O. durch Boten und an Korporationen 220. — 4) Annahme der O. 221. — Die Annahme darf nicht bedingt sein 175 a 12; 222 a 18. — Theilung, Beschränkung der Annahme 222 a 19. — Tod eines der Betheiligten vor der Annahme 223 a 21, 221 a 12. — 5) Ablehnung der O. vor Ablauf der Annahmefrist 221 a 17. — Gegenvorschläge 222 a 18. — Form der Ablehnung 195 a 5.
Offiziere, Mobiliar der O. ist dem Pfandrecht des Vermiethers unterworfen 853 a 10.
Okkupation. Eigenthumserwerb durch O. an herrenlosen Sachen 529, an nicht jagdbaren Thieren 530 a 1; privilegirtes Okkupationsrecht (Regal) an Grundstücken, Bernstein, das Strandrecht 522 ff. — Jagdrecht, Fischereirecht s. diese Worte.
Olim possessor, hodie possessor? 384 a 11. — O. et interea possessor hodie possessor? 393 a 6.
Oneris ferendi servitus 703.
Oneröse Verträge 138 a 4.
Opinio necessitatis 39 a 4.
Oppignerando, contractus de non amplius o. 158 a 4.
Orden, Verbot 77 a 5, als Korporationen 98.
Ordinirte. Rechtsfähigkeit der O. 77 a 4 und 5.
Ort der Herkunft, statuta personalia 49 a 1. — O. der Errichtung u. Erfüllung, Bedeutung für die Interpretation der Verträge 247 a 9, 10; 52. — Locus regit actum 52. — O. der Erfüllung für Hypotheken 779.

Digitized by Google

Ortspolizei. Delegation der gesetzgebenden Gewalt an die O. in gewissen Fällen 31 a 12. — Zuständigkeit bezüglich der Wiederherstellung verfallener Gebäude 497 ff., 811 a 4.

P.

Pacht s. Miethe.

Pacta de compromittendo 309 a 8.

Papiergeld. Vindikation des P. 421.

Parcellirung s. Trennstück.

Passivlegitimation bei Klagen 269 a 15.

Passivvermögen, Begriff 71.

Patronatrecht kann subjektiv dinglich sein 73. — Besitz an demselben 353 a 6. — Ob das P. dem Grundeigenthümer oder dem Nießbraucher gebührt? 655 a 29. — Ob es an das christliche Bekenntniß gebunden ist? 89 a 7.

Pauliana actio 215 a 12, 267 a 10.

Perception der Früchte 537.

Peremptorische Einrede s. Einrede.

Perplexe Bedingungen 183 a 7.

Person als Rechtssubjekt 76 ff. — Juristische P.: 1) Begriff 94 ff. — 2) Einzelne juristische P. 97 ff. — 3) Bildung der juristischen P.; sie bedarf staatlicher Genehmigung 96 ff. — 4) Innere Verfassung der juristischen P. 100 ff. — 5) Vertretung der juristischen P. nach Außen 103 ff. — 6) Vermögensrechte derselben 105 ff.; insbesondere Exekution gegen dieselben 106 a 7, 10. — Schulden derselben 106 a 4. — Grundeigenthum derselben 107 a 11. — Ersitzungszeit juristischen P. gegenüber 393 a 5. — Staatskontrolle über die juristischen P. 108 ff. — Durch wen sie ausgeübt wird 108 a 1. — 7) Endigung juristischer P. u. deren Einfluß auf das Vermögen 110 ff. — 8) Besondere Arten juristischer P.: der Staat 113 ff. — Juristische P. zum Zweck des Geschäftsbetriebes 116 ff. — Korporative Gesellschaften 118; s. auch Gesellschaft u. Korporation.

Personalfolien 439 ff.

Personalia statuta 49.

Personalservituten s. Nießbrauch, Miethe u. superficies.

Personalzehnten 722 a 13.

Pertinenz, Begriff, Beispiele 122. — P. von Immobilien 125. — Besitzerwerb an P. 334. — Ersitzung der P. 124. — Ab- u. Zuschreibung unbeweglicher P. im Grundbuche 438. — Wirkung der Auflassung auf die P. des aufgelassenen Grundstücks 559 ff. — P. eines verpfändeten Grundstücks sind Gegenstand der Auflassung, Hypothek, Subhastation 124 a 12. — Wieweit bewegliche P. eines Grundstücks der Mobiliarexekution unterstehen? 124. — Hypothek, wieweit sie die Pertinenzen ergreift? 771 ff. — Die dem Pfandrecht unterliegenden P. des Grundstücks werden bei der Subhastation desselben im Falle eines gleichzeitigen Konkurses des Pfandschuldners von der Gemeinmasse getrennt 806. — Welche P. eines subhastirten Grundstücks dem Adjudikatar gebühren 824. — Klage der Pfandgläubiger wegen Verschlechterung der Pertinenzen der Pfandsache gegen den Pfandschuldner 799. — P. unterliegen dem Nutzungsrecht des Nießbrauchers 652. — eines Bergwerks, was zu denselben gehört 617 ff. — P. eines Familienfideikommisses u. deren Veräußerlichkeit 874. — Inventarisirung derselben 875 a 3. — Rechte der Lehnsfolger auf die Lehnspertinenzen bei der Lehnssonderung 868 ff. — Zuschlagung unbeweglicher P. zu Lehngütern nicht mehr zulässig 859.

Petitum der Klage 266.

Pfändung, verschieden von der Beschlagnahme der R. G. 259 a 6; wann sie stattfindet und wem sie zusteht 258 ff.; gewährt Pfandrecht 853, Pfandgeld 259; Klage auf dasselbe ist eine possessorische 259 a 7. — Anzeigepflicht des Pfändenden u. Versteigerung der Pfandsache 260. — Widerstand gegen die P. 260; Excesse bei der P. 260 a 16. — Pfändung behufs Exekution u. Arrests 853 ff.

Pfandgeld s. Pfändung.

Pfandklage. 1) Die ordentliche P.: Zweck u. Petitum 732 ff., 800. — Aktivlegitimation 800; Passivlegitimation 801. — Voraussetzung: Fälligkeit, Kündigung 801 ff. — Einreden gegen die P. 802 ff. — Die Unterbrechung der Verjährung der persönlichen Klage hindert nicht die Verjährung der P. u. umgekehrt 376 a 25. — 2) Hypothekarische Klage wegen Verschlechterungen des Pfandgrundstücks, Näheres 799 ff.

Pfandleiher. Konzessionirte, gewerbsmäßige P., Versteigerung der Pfandsachen durch dieselben 839. — Furtum usus der P. 836 a 5.

Pfandrecht. Begriff und rechtlicher Charakter 410, 730 ff. — I. Das P. ohne Besitz, nur an Immobilien; Hypothek u. Grundschuld: A. Begriff, insbesondere der dingliche Charakter der Hypothek und

Digitized by Google

Grundschuld 731 ff. — Der accessorische Charakter der Hypothek 734. — Pfandbestellung für eine verjährte Schuld 379. — Entstehungsgeschichte des Unterschieds zwischen Hypothek u. Grundschuld 737 ff. — Die begrifflichen Unterschiede 378 ff. — B. Objekt der Hypothek und Grundschuld, Sache oder der Werth? 734. — C. Begründung der Hypothek u. Grundschuld: 1) Allgemeines: Vorvertrag und Zusage einer Realkaution 740 ff. — Das Konsensprincip 742 ff. — 2) Im Einzelnen: a) Näheres über die Eintragungen s. Einschreibung. — Konkurseröffnung präjudicirt bereits vorher angemeldeten Hypotheken nicht 453 a 9. — Ebensowenig die Einleitung der Subhastation 814 a 10. — b) Die Titel: freiwillige Bestellung 742 ff. — Form 197 a 13. — Erfordernisse 743 ff.; ob der Richter die Schuldurkunde prüfen muß 743 a 5. — Konvalescenz bei Bewilligung des Nichteigenthümers 745 ff.; ob das pactum servati dominii die Bewilligung einer Hypothek enthält 746. — c) Gesetzlicher Hypothekentitel 747. — d) Das Urtheil als Hypothekentitel (s. Urtheilshypothek) 749 ff. — D. Abtretung der Hypotheken u. Grundschulden s. Cession. — Uebergang von Hypotheken durch Gesetz 762. — E. Zinsscheine bei Grundschulden s. Zinsquittungsschein. — F. Gegenstand des P.: das Grundstück u. dessen Pertinenzen 767 ff.; ideelle Grundstückstheile 769; Gerechtigkeiten 767, 771; Revenüen 770. — Das Zubehör der Verpfändung: Anwüchse, Gebäude u. sonstiges Zubehör des Grundstücks, insbesondere Früchte, Brandentschädigungsgelder 771 ff.; ob sich die Hypothek auf ein Gebäude auch auf die Baumaterialien nach dem Abbruch erstreckt 417 a 4. — G. Gesammthypothek u. Grundschuld s. diese. — H. Wofür das verpfändete Grundstück haftet 778 ff.; bezüglich der Kosten 778 a 3. — J. Erfüllungsort der Hypotheken u. Grundschulden 779. — K. Veränderungen der Hypotheken u. Grundschulden, Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld und umgekehrt 780. — L. Rangordnung der Hypotheken und Grundschulden, Priorität 782 ff., 452 ff. — Anfechtung der Eintragungen bezüglich der Priorität, verschieden bei Hypothek und Grundschuld 786 ff. — M. Beendigung des P. 1) durch Befriedigung verbunden mit der Löschung 788 ff. — Erfordernisse, Klage auf die Löschung, rechtliche Folgen derselben 789 ff.; Löschung zur Ungebühr 790. — 2) Durch andere Gründe 790; s. auch 417 a 3 u. 4. — 3) Die Hypothek und Grundschuld des Eigenthümers, rechtlicher Charakter, nähere Behandlung 790 ff. — Succession des Eigenthümers bei correalitär eingetragenen Hypotheken und Grundschulden 795 ff. — N. Verfügungsrecht des Pfandschuldners über die Pfandsache 797 ff. — O. Rechte des Pfandgläubigers an der Pfandsache, Vertrag über den Privatverkauf des Pfandes durch den Pfandgläubiger, die lex commissoria u. die Antichrese 798 ff. — Die hypothekarischen Klagen s. Pfandklage. — Ob dem Pfandgläubiger auch die Negatorienklage zur Abwehr einer angemaßten Servitut am Pfandgrundstück zusteht 580 a 5. — P. Befriedigung des Pfandgläubigers durch gerichtliche Zwangsvollstreckung: Beschlagnahme der Revenüen oder Subhastation s. Revenüen u. Subhastation. — Q. Verpfändung von Hypotheken u. Grundschulden 845. — II. P. mit Besitz, Faustpfandrecht. A. Voraussetzungen: der Besitz 832 ff.; Verpfändung an Mehrere 833. — Andere Erfordernisse 833 ff. — Konvalescenz eines vom Nichteigenthümer eingeräumten P. 834. — Ersitzung des Faustpfandrechts 387 a 3. — B. Gegenstand, insbesondere das Zubehör, An- und Zubehör der Pfandsache 834 ff. — Die Hingabe von Fungibeln Seitens des Schuldners an den Gläubiger mit der Verabredung, nach der Schuldtilgung Objekte gleicher Art zurückzugeben (sogenannte Kautionsbestellung) ist eine Faustpfandsbestellung 835. — C. Rechte des Faustpfandgläubigers: 1) Besitz und die possessorischen Rechtsmittel, Retentionsrecht 836. — 2) Gebrauch und Nutzung der Pfandsache, Antichrese 836; Rechnungslegung dabei 837. — 3) Afterverpfändung 837. — 4) Das Verkaufsrecht 837 ff.; die vertragsmäßige Ausschließung desselben 837 ff. — Verschiedene Arten des Verkaufs: die gerichtliche Auktion 838; Näheres s. Auktion. — Der außergerichtliche Verkauf und wann derselbe gestattet ist 839. — D. Beendigung des Faustpfandrechtes 840 ff. — III. Die symbolische Verpfändung von Waaren und Gutserzeugnissen 842 ff. — Symbolische Verpfändung von Schiffen durch Eintragung in die Schiffsregister und Vermerk auf dem Certifikat 843. — Rechtliche Folgen der symbolischen Verpfändung 844. — IV. P. an Forderungen, Hypotheken und Grundschulden, Behandlung desselben 844 ff. — Afterverpfändung 846 ff. — V. Die an das Retentionsrecht sich knüpfenden P. der

Digitized by Google

Werkmeister, Handwerker, Arbeiter an den von ihnen gefertigten Sachen im Konkurse des Schuldners 849 ff.; der Kommissionäre, Spediteure und Frachtführer am Gute 850 ff. — Gesetzliches P. des Vermiethers, Verpächters u. Gastwirths an den Illaten 851 ff. — Unterschied des P. vom Retentionsrecht 847; s. auch Retentionsrecht; s. auch Kautionshypothek.

Pfandvertrag, Form 197.

Pfarrei. Ablösung der an die P. zu entrichtenden Reallasten 475.

Pfarrer als Nießbraucher der Pfarrgüter 622 a 23, 648 a 7.

Pfarrgebäude. Abgaben und Leistungen zur Erbauung und Unterhaltung der P. sind nicht ablösbar 474 a 4.

Pflanzen. Fruchterwerb bei P. s. Frucht. — P. unterliegen der auf dem Grundstück lastenden Hypothek 771.

Pfleger der Leibesfrucht, Umfang seiner Vollmacht 79 a 8; s. übrigens Kurator.

Pflugrechte, präsumtive Grundstücksgrenze und Nutzung derselben 488 a 10, 11.

Pignus s. Pfandrecht. — P. praetorium 749.

Planken als Grundstücksgrenze 489 a 14.

Platten auf Mauern, Eigenthumspräsumtion dabei 489.

Platz 595 ff.

Platzrecht 672 ff.

Plenarbeschlüsse des Obertribunals, des Reichsoberhandelsgerichts, des Reichsgerichts 42.

Plünderung 531.

Police. Verpfändung von P. 775.

Polizeiverfügungen, Unanfechtbarkeit 63 a 5. — Wirkung der Expropriationen 63. — Polizeiliche Intervention als Rechtsschutz, insbesondere bei Streitigkeiten zwischen Herrschaft u. Gesinde 258.

Polizeiverordnungen 31 a 12, Publikation 35 a 8, Prüfung der Gesetzmäßigkeit durch den Richter 36, Nichtkenntniß eines unentschuldbaren Irrthums 37 a 1.

Possessorium ordinarium 345 ff. u. summariissimum 346 ff.

Potestativbedingung, Wesen und Wirkung 173 a 5, 178 a 1.

Präklusion der Erbberechtigten bei Todeserklärungen 85 a 11. — P. der Realinteressenten durch die Adjudikatoria 815, bezieht sich auch auf Mobilien 815 a 13, 814, 820; s. auch Aufgebot.

Präliminarien der Verträge 217.

Prämienanleihe, Nießbrauch an Prämienpapieren 666 a 5.

Präsentation der Anträge im Grundbuchamte 444 ff., 783 a 5.

Präsumtion. Begriff 272. — P. des Lebens 81. — P. des Todes s. Todeserklärung. — Negative P. 272 a 3; positive P. (praesumtio juris) 273 ff.; insbesondere P. der Redlichkeit u. Unredlichkeit des Besitzes 273 a 9 ff., 326; ebenso für die Rechtmäßigkeit des Besitzes 326 a 13, 342; für die Fortdauer des Besitzes 348 a 11; für die Freiheit des Eigenthums 582 a 17. — P. von Vollmachten 244, insbesondere bei Beamten von Aktiengesellschaften 245 a 11. — Praesumtio juris et de jure 274.

Prävention, inwiefern dieselbe bei der Kollision von Rechten entscheidet 70 a 3.

Praxis als Rechtsquelle 41.

Precarium 328 a 10.

Prekarist, nach römischem Recht Besitzer, nach Landrecht Detentor 323.

Pretium succedit in locum rei? Fälle 418, 67, 485.

Priorität der Geburt u. des Todes 80 a 13. — Bedeutung der Standesregister hierfür 81 a 15. — P. der Einschreibungen im Grundbuche 452 ff. — P. der Pfandgläubiger richtet sich nach der Reihenfolge der Eintragungen 783; Priorität innerhalb ein und derselben Post 784; Veränderungen der P. durch Bestimmung des Gläubigers 784. — P.-Cession, Bedeutung 784 ff. — P.-Einräumungen machen die Bildung eines Hypothekenbriefes nöthig, wo solcher noch nicht gebildet ist 755 a 4. — Prioritätsvorbehalt des Verpfänders 786. — Prioritätseinräumungen bei Erhöhung des Zinsfußes ohne Zustimmung der zurückgesetzten Gläubiger 786. — Prioritätsstreitigkeiten, Anfechtung von Eintragungen verschieden bei Hypothek u. Grundschuld 786 ff., 830. — P. bei Kollision mehrerer gesetzlicher Faustpfandrechte, z. B. des Spediteurs und Frachtführers 851.

Prise u. Prisengerichte 532.

Privateigenthum im Kriege 531 ff.

Privatflüsse s. Fluß.

Privatrecht 61. — Begriffliche Unterscheidung vom öffentlichen Recht 61. — Konflikt zwischen beiden 62; s. auch Recht.

Privatstrafen 263; durch das Reichsstrafrecht aufgehoben? 263 a 2.

Digitized by Google

Privaturkunden, wie sie die Kraft öffentlicher erhalten 209 a 13; s. auch Urkunden.

Privatverkauf des Pfandgrundstücks durch den Pfandgläubiger, Verträge darüber 798. — P. des Faustpfandes; wem derselbe zusteht u. Vorschriften dabei 798, 839.

Privatweg als Grundstücksgrenze? 488 a 11.

Privilegien, Begriff und Arten 43 ff. — Welche P. ausschließlich von der Krone ertheilt werden 44 a 5. — Entschädigungspflicht des Staates wegen kontraktwidriger Nichtgewährung eines P. 44 a 7. — P. als Berechtigung 44. — Verjährung 45. — Auslegung und Kollision der P. 45. — Aufhebung 46. — P. des Fiskus 115, des Reichsfiskus 116 a 12.

Privilegirte Gläubiger bei der Subhastation 826.

Proceß, Mittel des Rechtsschutzes, Begriff 274. — Beginn des P., die Litiskontestation, ob sie eine Novation enthält 275 ff. — Die Klagbehändigung u. deren Folgen 277 ff. — Die Klaganmeldung 278 a 13. — P. juristischer Personen 106. — Kosten der P. s. Kosten.

Proceßlegitimation 269 a 15.

Proceßzinsen s. Zinsen.

Prodigalitätserklärung, Verfahren u. rechtliche Folgen 151. — Oeffentliche Bekanntmachung des Urtheils 152 a 14. — Rechtsmittel 152 a 15.

Prokura 242. — Widerruf 243 a 9. — Es bedarf keiner Ausdrücklichkeit der Ertheilung 241 a 2; s. auch Handlungsbevollmächtigter.

Protest. Frist zum P. eines Wechsels Mangelszahlung wird utiliter berechnet 135 a 4. — Wer zur Protesterhebung ermächtigt ist 212 a 18.

Protestage 135 a 4.

Protestation. Begriff und Form 167 ff., 212. — Frist zur Einlegung der P. in verschiedenen Fällen 168 a 2. — Hypothekarische P. s. Vormerkung. — Protestatio facto contraria 168. — P., gerichtliche, unterbricht die Klagverjährung 374 a 11, außergerichtliche nicht 375, ebenso die Ersitzung 395 a 9. — Einzelne Fälle der P.: P. gegen die Legitimität eines Kindes 168 a 4. — P. im Falle absichtlicher Herbeiführung von Trunkenheit u. anderer Affekte 231 a 5; im Falle des Zwanges 233. — P. der Lehnsanwärter gegen Veräußerungen des Lehngutes durch den Lehnsbesitzer 864. — P. des Retentionsberechtigten im Falle gerichtlicher Abforderung der retinirten Sache 848 a 10.

Protokollführer. Wann es bei Akten freiwilliger Gerichtsbarkeit der Zuziehung eines P. bedarf 208 a 11.

Provinzen und provinzialständische Verbände sind Korporationen 97; ihnen sind die Chausseen überwiesen 595.

Provinzialrecht. Verhältniß des P. zum Landrecht 19 ff. — Observanzen der P. 39 a 5.

Provinzialschulkollegium, Vertreter der Schulen 103.

Provokation auf Ablösung der Reallasten 474; auf Gemeinheitstheilung 478; auf Blödsinnigkeits-, Todes-, Prodigialitätserklärung s. diese Worte.

Publiciana actio 561, 577 ff.

Publicistische Befreiungen, gewisse, werden durch 50jährige Verjährung erworben 45 a 9, 401 a 10; in der Regel sind sie der Ersitzung nicht unterworfen 387.

Publicität des Grundbuchs 455 ff.

Publikation der Gesetze 34 ff. — P. der Polizeiverordnungen 35 a 8.

Publikationspatente zum L. R., wie weit maßgebend? 57 a 4.

Punktation 218.

Putativtitel 391, 392 a 15.

Q.

Qualificirtes Zugeständniß 172 a 3.

Quasitraditio, nicht erforderlich zum Erwerb der Servitut 692 a 9.

Quasiususfructus 646, 664.

Querela nullitatis 139 a 8.

Quittung. Der Vorzeiger der Q. gilt als zur Zahlungsannahme berechtigt 239 a 11.

R.

Raff- u. Leseholzgerechtigkeit 711.

Rain, präsumtive Grundstücksgrenze 488 a 10.

Rangordnung der Einschreibungen 452. — R. der Pfandgläubiger 782 ff.; s. auch Priorität.

Rasenerze, früher verliehene, sind sie noch strafrechtlich geschützt? 604 a 9.

Rasenstich. Berechtigung zum R. unterliegt der Gemeinheitstheilung 477.

Ratihabition, Konvalescenz der von einem Nichtdispositionsbefugten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte durch R. 141, 160; s. auch Anerkenntniß. — R. der Stellvertretung u. deren rückwirkende Kraft 243 a 1, 244 a 8.

Digitized by Google

Rauch, außergewöhnlicher, Beschädigung der Nachbarn durch denselben 502; insbesondere durch Eisenbahnen 503 a 21.

Rayonbeschränkungen bei Festungen, R.-Plan u. R.-Kataster 494. — Entschädigung 494.

Realarrest s. Arrest.

Realberechtigte als Subhastationsinteressenten 811, 827; deren Präklusion im Zuschlagsurtheil 820; — s. auch Aufgebot.

Realfolien 434.

Realgläubiger s. Pfandrecht.

Realkaution. Verpflichtung zu einer R. als Grund der Pfandbewilligung 741.

Reallasten. 1) Begriff 714; rechtliche Natur der R. 73, 410; Unterschied von den Servituten 685 a 7. — 2) Entstehung der R. durch Willenserklärung, Gesetz, Verjährung 718; auch translative Verjährung 718 a 5, z. B. bei Zehnten 721 a 2. — Inwiefern die Auflegung neuer R. unzulässig 156 a 10; 719. — Eintragung der R. im Grundbuche 443. — Erwerb des Besitzes an R. 355. — 3) Rechtsverhältnisse der R., insbesondere die dingliche Kraft, Wirkung ihrer Eintragung, Klagschutz, Vorrecht im Konkurse u. bei der Subhastation 719 ff. — Die solidarische Haftung der Trennstücke für die R. 566. — Rechte im Fall der Deterioration der dienenden Sache 721 a 8. — 4) Die Ablösung der R. 74, 156 a 10, 473, 719. — Ablösung ohne und mit Entschädigung 473 ff.; bei der Ablösung pretium succedit in locum rei 418. — Ausnahmen von der Ablösbarkeit 474. — Die Ablösung darf durch Vertrag nicht ausgeschlossen werden 156 a 10. — Ablösungsverfahren 474 ff. — Ablösungssumme u. die Rentenbank 474. — 5) Einzelne R.: Zehnten, Altentheil, Laudemium 721; s. auch diese Worte.

Realrechte s. dingliche Rechte bei dinglich u. Servituten.

Realverträge 197. — Insbesondere Faustpfandbestellung 832.

Receß bei Ablösungen 482 ff. — Ausführung vor seiner Bestätigung 484 a 7 ff.

Rechnung, unterschriebene, wann ersetzt sie den schriftlichen Vertrag? 201 a 3.

Rechnungsfehler. Anfechtung eines Vergleichs wegen R. 164 a 14.

Rechnungslegung unter Miteigenthümern 514 a 15, 512; des Faustpfandgläubigers 837; des Retinenten 849 a 17.

Recht, I. als Rechtsnorm, lokaler Geltungsbereich des Preußischen R. 19. — Geltung fremder R. 47. — Nichtkenntniß des publicirten R. 37 ff. — Rechtsirrthum s. dieses Wort. — Entschuldbare Nichtkenntniß des R. als Hinderungsgrund der Verjährung 364; der kurzen Verjährung 383. — Unterschied vom Privat- u. öffentlichen R., Kollision derselben 61 ff. II. R. als Berechtigung. a. Vermögensrechte, Begriff 71 ff. — Vermögenskomplexe 119. — Arten: dingliche, persönliche 71 ff. — Affirmative, negative, Unterlassungs-R. 74 ff. — Bewegliche, unbewegliche 125 ff. — Jura quaesita, Rückwirkung der Gesetze auf solche 58. — b. Publicistische R., Ersitzung 45 a 9, 387.

Rechtsfähigkeit der natürlichen Personen 76 ff. — Ueber die R. entscheiden in der Regel statuta personalia 49. — Beginn und Ende der R. Geburt und Tod 78. — Verschiedenheit der R.: R. der Inländer u. Ausländer 86; inwiefern die R. der Ausländer nach einheimischen Gesetzen beurtheilt wird 48 a 2. — Stand u. Religion 87; bürgerliche Ehre 89; Geschlecht 92.

Rechtsgeschäfte, Begriff u. Arten: einseitige, mehrseitige, entkräftbare 138 ff. — Arten: konstitutive und translative 157. — Nach welchen Gesetzen sich die R., insbesondere deren Form richten 49 ff. — Form u. Interpretation der R. s. diese Worte.

Rechtsgrund (justa causa) der Tradition 548. — Bei Auflassungen bedarf es der Angabe nicht 553 a 6.

Rechtshängigkeit s. Litigiosität.

Rechtsirrthum 37 a 2; 227 ff. Rückforderung rechtsirrthümlich gezahlter Nichtschuld 38 a 8.

Rechtskraft des Urtheils s. Urtheil III. 4.

Rechtsmittel dürfen nicht bedingt eingelegt werden 175 a 13; Appellation, Nichtigkeitsbeschwerde, Revision u. Rekurs hindern die Rechtskraft des Urtheils 285; bei Appellation u. Revision datirt die Rechtskraft des Urtheils von der oberinstanzlichen Entscheidung 286. — Bei der Nichtigkeitsbeschwerde u. dem Rekurs wird sie zurückdatirt auf die Entscheidung erster Instanz 287 a 11; — im possessorium summariissimum 347 a 4; — im Auseinandersetzungsverfahren 481 ff. — Restitutio in integrum s. Wiedereinsetzung.

Rechtsquellen 27.

Rechtsschutz u. dessen Mittel 256 ff.

Rechtsverletzung, ob solche zum Beginn der Klagverjährung erforderlich 369 a 2.

Digitized by Google

Rechtsweg. Zulässigkeit des R. bezüglich der Aufhebung von Privilegien bei Mißbrauch derselben 47 a 4; — bei Expropriationen, über die Höhe der Entschädigung, nicht über die Nothwendigkeit der Expropriation 67.

Reception des römischen Rechts in der Mark 4.

Redaktion des Landrechts 9 ff.

Redlicher Besitz s. Besitz II. — R. Glaube s. Glaube.

Referendarien, Befugnisse derselben 208 a 4.

Reformandi jus bei Mißbrauch in der Administration öffentlicher Anstalten 110.

Regalien, Begriff 519. — Besitz an denselben 353 a 6. — Einzelne R.: Okkupation herrenloser Grundstücke 522; des Bernsteins 523 a 9; das Strandrecht 523 a 14; das Fischereirecht in öffentlichen Flüssen 528 a 6.

Register des Landrechts 17.

Regredienterbin bei Weiberlehn 862; beim Fideikommiß 881 a 5.

Regreß gegen Grundbuchbeamte wegen Versehen 456 a 5, 6; 466 ff. — Grad der Verschuldung, konkurrirende Culpa, sonstige Vorschriften 466 ff. — Regreßpflicht des Staates 467 a 7. — R. wegen unterlassener Eigenthumseintragung 568. — Regreß gegen Staats- u. Gemeindebeamte wegen vernachlässigter Straßen 597.

Regulirung der bäuerlichen Gutsverhältnisse 470 ff.

Regulirungsfähigkeit 472.

Rehabilitirung der Ehre, Wirkung? 91 a 18.

Reich. Deutsches R., ist es Staat oder Staatenbund? 115 a 10. — Der Reichsfiskus, Domicil u. Vermögensrechte desselben 115 ff. — insbesondere Eigenthumsrechte desselben an den ihm zur Erfüllung der Reichsaufgaben überlassenen Objekten (Festungen, Kriegsapparat u. s. w.) 115 a 11. — Privilegien des Reichsfiskus 115 a 12.

Reichsbank, juristische Person 97 a 7. — Recht zum Privatverkauf von Pfändern 839.

Reichsfiskus, 114 a 14; 115 a 11; 116 a 12. s. Reich und Fiskus.

Reichsgericht, Plenarbeschlüsse 42 a 6.

Reichsgesetze 31. — Interpretation: Richter befindet über ihre Gesetzmäßigkeit 37 a 4, Vorzug vor den Landesgesetzen 32 a 13, Uebertreibung der derogatorischen Kraft 56 a 3.

Reichsunmittelbare, ehemals R., inwieweit sie von den Gesetzen eximirt sind 55 a 4; 88 a 3; ihre Volljährigkeit 143 a 7.

Reinigungseid s. Eid.

Reiten auf fremden Aeckern, Pfändung deswegen 259 ff.

Rekognition der Privaturkunden 209.

Rekognitionshypothek. Begriff u. Wirkungen 753 ff. — Sie kann nicht Hypothek des Eigenthümers sein 793.

Rekognitionsschein 755.

Religion. Einfluß der R. auf die Rechtsfähigkeit 88. — An ein Bekenntniß geknüpfte Stiftungen 89. — Verträge über Beibehaltung u. Aenderung der R. unzulässig 154 a 3.

Religionsgesellschaften. Ertheilung der Korporationsrechte an R. 97 a 5. — Selbständigkeit religiöser Korporationen in der Verwaltung 109 a 8; s. auch Gesellschaft u. Korporation.

Remission, Anspruch des Naturalzehntpflichtigen auf R. 723.

Rente. Nießbrauch an R. 667 ff. — R. als Werthmesser 127. — R. bei Ablösung von Reallasten 474 ff.; Rückstände sind bei der Kaufgeldervertheilung im Subhastationsverfahren absolut privilegirt 826. — R. bei Rayonbeschränkungen 495 a 17.

Rentenbank. Verfahren bei Ablösung der Reallasten durch die R. 471; Schließung der R. 474 ff. — Recht zur Subhastation wegen rückständiger Renten 811 a 4.

Rentenbriefe und deren Amortisation 475 a 8.

Repräsentanten als Vertreter der Korporationen 104 a 8. — R. der Gewerkschaften 623 a 21 ff. — Stimmrecht des R. in den Gewerkenversammlungen zu seiner Entlastung 622 a 16.

Rescissionsklage bei Irrthum 227, bei Betrug 229.

Reservati dominii pactum bei Grundstücken 746 ff.

Reservationen, Vorbehalte, Unterschied von der Protestation 168; reservatio mentalis 213.

Residenten haben das Recht der Exterritorialität 55.

Reskripte des Justizministers 33.

Resolutivbedingung s. Bedingung.

Digitized by Google

Restitutio in integrum s. Wiedereinsetzung.

Resubhastation, Näheres 831 ff. — Zulässigkeit gegen den Nachfolger des Erstehers 831 a 4.

Retentionsrecht, Begriff u. Unterschied vom Pfandrecht 847 ff. — Voraussetzungen, rechtliche Wirkungen des R., Geltendmachung desselben 848 ff. — Pflicht des Retinenten zur Rechnungslegung 849 a 17. — Die R. (Pfandrechte) der Werkmeister, Handwerker, Arbeiter an den von ihnen gefertigten Sachen 850; der Kommissionäre, Spediteure, Frachtführer am Gute 850; des Vermiethers u. Verpächters an den Illaten 851 ff.; befugte Besitzentsetzung 349 a 14. — Objekte dieser R. 852. — Konflikt des Retentionsrechts des Vermiethers mit dem Art. 306 des H. G. B.? 442 a 13 sub 4. — R. des Miethers u. Pächters gegen den Käufer der Miethssache 678 a 11. — Kaufmännisches R. 836 a 4, 849 a 16.

Retorsion gegen Fremde 87.

Retrahirung der Bedingung 179 a 6.

Retrakt 882.

Revenüen. Beschlagnahme der R. zur Befriedigung der laufenden Ansprüche der Pfandgläubiger 773, 807; Vertheilung der R. 807 ff. — Vertrag über Nichtverkauf des Pfandes = Verpfändung der R. 770 a 12.

Revenüenhypothek 770, 802.

Revenüenvertheilung bei der Beschlagnahme 808, Ueberschüsse fallen in die Kaufgeldermasse 825.

Revertendi consuetudo 338 a 4.

Revisionskollegium, 2te Instanz in Auseinandersetzungssachen 481.

Revokabilität des Eigenthums 520 ff.

Revokation des durch den Lehnsbesitzer veräußerten Lehngutes durch die Lehnsfolger 865 a 6, 866. — R. des durch den Inhaber veräußerten Fideikommisses durch die Nachfolger 878 ff.

Richter. Befugniß der R. zur Prüfung der Gesetze 36 a 1; 37 a 4. — Regreßpflicht der R. s. Regreß.

Rittergut, Begriff 125 a 4. — Ausländer bedürfen nicht mehr zum Erwerb der R. ministerieller Erlaubniß 518 a 9. — Landsassiatus plenus des R. 86 a 4.

Roden der Wälder, Beschränkungen des R. 492 ff.

Roggenrente, Verwandlung jeglicher Reallasten in R. 476 a 13.

Rubriken des Grundbuchs s. Grundbuch.

Rückkaufsgeschäfte 839 a 7.

Rückkehr eines Verschollenen 85.

Rückwirkende Kraft der Gesetze 57 ff.; s. auch Gesetz. — R. Kraft der Ratihabition und des Anerkenntnisses eines nichtigen oder mangelhaften Geschäfts 160 a 8.

Rückziehung der Bedingung 179 a 6; 181 a 9.

Rustikalstellen. Verfahren beim Verfallenlassen einer in die Steuerregister eingetragenen R. 498 a 6.

S.

Sache. Begriff 119. — Sachgesammtheit 120 a 4; s. auch Inbegriff. — Substanz u. Zubehör einer S. 121 ff. — Pertinenzen einer S. 122 ff. — Arten der S.: bewegliche und unbewegliche S. s. Mobilien und Immobilien. — Schätzbare u. unschätzbare S. 126 ff. — Vertretbare u. verbrauchbare S. 128; Nießbrauch an solchen 647. — Theilbare u. untheilbare S. 129. — Theilbarkeit von Handlungen 129 a 3. — Zusammengesetzte S., Eigenthum an solchen 486 a 1. — Dem Privateigenthum entzogene S. 129 ff.; öffentliche S. s. öffentlich. — Res merae facultatis 361. — Herrenlose S. s. herrenlos. — Künftige S., Verkauf derselben 212 a 15, 633 a 7, Verpfändung 834. — Res furtivae et vi possessae, deren Ersitzung 388 ff. — Vindikation gestohlener u. gefundener S. 423. — Das Recht zur S. 71 ff., 410 ff.; — rechtliche Natur (Species der Dolusklage) 411 a 4. — Voraussetzungen dieses Klagrechts 412 ff. — Das Recht zur S. nach dem Grundbuchrecht von 1872. Erwerb desselben u. die Kenntniß von dem älteren Recht eines Anderen 413 ff.; insbesondere Erwerb durch Eintragung einer Vormerkung 415 a 7 ff. — Vorzugsrecht, wenn Mehreren ein Recht zur S. bewilligt ist und diese sämmtlich ihre Ansprüche vormerken ließen 415 a 9.

Sachenrechte s. dingliche Rechte bei dinglich.

Sachgesammtheit s. Inbegriff.

Sachverständige haften für geringes Versehen 252.

Sackzehnten 723.

Schade. I. Begriff 249. — Wirklicher Sch., entgangener Gewinn, vollständige Genugthuung, mittelbarer u. unmittelbarer Sch. 253 ff. — II. Verjährung der Sch.-Ansprüche 384 ff. — III. Einzelne Fälle von Sch.-Ansprüchen, wegen dolöser Ausübung eines Rechts 69; wegen

Digitized by Google

Besitzstörung 351 ff.; des Vindikanten wegen Verschlechterung der Sache 573 ff. — Sch.-Ersatzpflicht des fictus possessor 573. — Sch.-Anspruch des Pfandgläubigers u. Reallastberechtigten wegen Deterioration der verhafteten Sache 721 a 8, 799 ff; gegen Faustpfandgläubiger wegen furtum usus 836 a 5; gegen Nießbraucher wegen Deterioration 659 ff; des Grundeigenthümers gegen den Bergwerksbesitzer 629 ff. — Haftung der Grundbuchbeamten für Sch. 456 a 5, 6; 466 ff.; 105 a 14; 568. — Sch.-Ansprüche des Miethers bei Aufhebung der Miethe durch Verkauf 678 a 11, 681.

Schadensersatz s. Verschuldung.

Schäfereigerechtigkeit s. auch Weidegerechtigkeit.

Schalttag 136 a 5.

Schatz, Begriff 535 a 2. — Erwerb des S. 535. — Anzeigepflicht u. Aufgebot 536. — Sch. in Flüssen 587 a 4. — — Nießbraucher hat kein Recht an der Hälfte von dem gefundenen Sch. 652 a 2.

Scheidewände, im Zweifel gemeinsam 489 a 14, s. Mauer.

Scheidling 489.

Scheidungen, Pflicht zur Erhaltung derselben 500 a 7.

Scheingeschäft s. Simulation.

Schenkung, Form der S. 211. — S. an juristische Personen 109 a 11. — S. an Kinder kann jeder Dritte acceptiren 145 a 2. — S. durch Entsagung 169 a 2. — Für S. ist Specialvollmacht erforderlich 238. — Wann von S. Zögerungszinsen zu entrichten sind 288 a 4.

Scherz bei Willenserklärungen 213.

Schiedsgericht, Kompromiß, Begriff und Historisches 306 ff. — Präsumtion gegen dasselbe 308 a 5. — Bestellung desselben 308 ff.; wann dazu Specialvollmacht nöthig 238, 309 a 7. — Form 308 a 6. — Pactum de compromittendo 309 a 8. — Aufhebung des Kompromisses und Rücktritt 311 ff.

Schiedsrichter, Fähigkeit 310 ff.; auch am Gericht 310 a 17; wer als S. angenommen werden muß 311; ob Ausländer 311 a 19; Klage auf Ausführung des Amts 311. Verfahren vor dem Schiedsrichter 312.

Schiedsspruch, wie er zu Stande kommt 313. — Nichtigkeit des S. 314. — Der Obmann 313 a 7. — Rechtsmittel gegen den S. 314. — Exekution aus dem S. 314 a 15, 308.

Schiff, symbolische Tradition des S. durch Uebergabe der Schiffspapiere 330 a 5. — Symbolische Verpfändung der S. durch Eintragung in die Schiffsregister 843. — Seeschiffe u. Frachtflußschiffe können subhastirt werden 808; s. auch Seeschiff.

Schiffbarkeit der Flüsse 585 a 2.

Schiffbrüchige, Todeserklärung der S. 85 a 9.

Schiffsmühlengerechtigkeit, ihr Immobiliarcharakter 126, 436.

Schiffspapiere, symbolische Tradition 330 a 5.

Schiffsregister 843.

Schlüssel, symbolische Tradition durch Uebergabe der S. 330 a 6.

Schnee = Rain 488.

Schonzeit des Wildes 527.

Schriftlichkeit der Verträge: Historisches u. Allgemeines 191 ff. — Fälle der Nothwendigkeit 194; insbesondere Verträge über 150 Mark 194 a 1. — Berechnung des Werthes 196; unschätzbare Verträge 196 a 11; andere Fälle 197; s. auch Vertrag. — Sch. bei Handelsgeschäften s. dieses Wort. — Mangel der Sch. u. dessen Folgen 200 ff. — Heilung dieses Mangels durch Anerkennung 201 ff.; durch beiderseitige Erfüllung 203; durch einseitige Erfüllung, Wahlrecht auf Rückgabe oder Vergütung 201 ff. — Bestimmung der Höhe dieser Vergütung 202; durch Auflassung bezüglich des der Auflassung zu Grunde liegenden Geschäfts 201 a 5.

Schürfrecht 605 ff.

Schuldschein auf den Inhaber s. Inhaber. — Die Miether ausgestellter Sch., unterliegen sie dem Pfandrecht des Vermiethers? 853 a 11. — Inwiefern die Ausstellung eines S. über eine der kürzeren Verjährungsfrist unterworfene Forderung bewirkt, daß die ordentliche Verjährung Platz greift 383 a 11.

Schulbaupflicht, Geltung des schlesischen Edikts 20 a 6.

Schule. Ablösung der an S. zu entrichtenden Reallasten 475, 476 a 12.

Schulgebäude. Abgaben u. Leistungen zur Erhaltung und Erbauung von S. sind nicht ablösbar 474 a 4.

Schulgemeinden, Korporationen 97 a 10; ihre Vertretung nach Außen 103. — S. haben die Rechte der Minderjährigen (restitutio in integrum) 304 a 8. — 40jährige Verjährung gegen S. 399 a 5. — Grundeigenthum der S. braucht im Grundbuche nicht eingetragen zu werden 435 a 10.

Schwängerung, außereheliche s. uneheliche Kinder bei Kinder.

Digitized by Google

Schweigen, inwiefern dies der Zustimmung gleich steht 189 a 5 ff., 699 a 6.
See, Landsee. Stehen die Fische in demselben im Eigenthum des Seeeigenthümers? 528 ff. — Nießbrauch an solchen nach seiner Ablassung 654 a 12.
Seehandlung, Behörde mit besonderer juristischer Persönlichkeit 114 a 2. Sie hat das Recht des außergerichtlichen Verkaufs der Pfandsachen 839.
Seeschiff, Immobiliarqualität 422 a 13. — Eigenthumserwerb an S. und Antheilen derselben 547 a 6. — Verpfändung derselben 843; Subhastation 808. — S. unterliegen dem Art. 306 H. G. B. nicht 422 a 13 sub 10.
Seetriftige Objekte 523 a 15.
Seeversicherung, Form derselben 197 a 12.
Sekundogenitur bei Fideikommissen 881.
Selbsthülfe, Begriff u. Historisches 256 ff. — Dem Vermiether gestattet 853.
Seniorat 881.
Separation der Früchte 537.
Sequester, nach Römischem Recht Besitzer, nach Landrecht Detentor 323 a 12. — Der S. ist nicht Bevollmächtigter des Schuldners 245 a 12. — Der Richter vertritt mäßiges Versehen in der Auswahl des S. und der Aufsicht über denselben 320 a 6.
Sequestration, Begriff u. Zweck 319. — Objekte, insbesondere S. des Pfandgrundstücks durch die Pfandgläubiger 799, 807, 814. — Die S. giebt Recht zur Exmission des Pfandschuldners 807 a 2. — Betreiben durch den Konkursverwalter 806 a 4. — Die S. des Nießbrauchgrundstücks 660 a 12. — Kann der Adjudikatar vor der Kaufgelderbelegung S. fordern? 822 a 2. — S. der Lehnseinkünfte 867 ff. — S. des Lehns bei der Lehnssonderung 868; bei Sonderung des Fideikommisses 880. — Kosten der S. sind Massefchulden bei der Subhastation 826.
Servitut. Allgemeines s. bei dingliche Rechte unter dinglich. — I. Personalservituten s. Nießbrauch; superficies. — II. Prädialservituten: A. Begriff u. allgemeine Grundsätze: causa perpetua; praedio utilis; praedia vicina 682. — Verhältniß von S. u. Eigenthum 683 ff. — B. Der Inhalt der S. (servitus in faciendo non consistere potest) 685, 689. — Unterschied von der Reallast 685 a 7. — C. Pflichten des Eigenthümers des dienenden Grundstücks 685. — D. Pflichten des Berechtigten, schonende Ausübung 686. — E. Verlegung der Servitut auf andere Grundstücke 686 a 18, 19. — Einfluß von Veränderungen des herrschenden Grundstücks 686 ff.; insbesondere Parcellirungen desselben 687; Parcellirung des dienenden Grundstücks 689. — Trennung der S. vom herrschenden Grundstück u. Abtretung derselben 688, 74. — Unständige S. s. bei unständig. — F. Eintheilungen der S. 689 ff. — G. Entstehung der S.: 1) durch Vertrag, Vertragsform 197 a 13, 691 a 4, 416 a 5, 622 ff.; dabei quasitraditio nicht erforderlich 692. — Eintragung ist nicht erforderlich 693, 638, 685 a 7. — 2) Nothwendige S. 693 ff. — 3) Ersitzung der S.: gewöhnliche 10 Jahr, u. ohne Titel 30 Jahr, 696 ff. — Ungewöhnliche bei unständigen S. (40 Jahr) 697, 399 ff. — Auf Grund eines translativen Titels 391 a 10, 697 a 7. — Gegen den Eigenthümer eines in Nießbrauch gegebenen Grundstücks beginnen die Ersitzungen nicht 365. — Unterbrechung der Ersitzung 697; Subhastation unterbricht sie nicht 823 a 7. — H. Endigung der S.: durch Verzicht, auch stillschweigenden 698 ff.; durch Verjährung 700; Unterbrechung derselben 373 ff. — Andere Endigungsgründe 701. — I. Einzelne S. 1) Gebäudeservituten, deren Arten 702 ff. — Wegegerechtigkeiten 704 ff. — Weidegerechtigkeiten 708 ff. — Waldservituten 710. — K. S. inwieweit sie von Hypotheken u. Grundschulden ergriffen werden 772.
Sicherheitsstellung s. Kaution.
Sicherung gefährdeter Ansprüche durch Kaution u. Arrest; s. auch diese Worte.
Simulation bei Rechtsgeschäften, Begriff u. Folgen 213 ff. — Wirkungen für Dritte 214 a 8; insbesondere simulirte Veräußerung von Sachen durch den Schuldner zur Benachtheiligung der Gläubiger 215. — Die Anfechtung solcher Geschäfte 215 a 12 ff. — S. bei Auflassungen 557 a 9, 214 a 6. — Ein Verkaufsrecht kann bei simulirten Verkäufen nicht beansprucht werden 886 a 7.
Sklave, fremder in Preußen 76.
Soldat. Beschränkung der S. in der Eigenthumserwerbsfähigkeit, (beseitigt), 518 a 9.
Solidarische Obligationen, insbesondere korreale: Litiskontestation mit einem der Schuldner befreit die übrigen 275 a 3. — Inwiefern ein Urtheil zu Gunsten eines Berechtigten auch für die anderen wirkt 298. — Inwiefern die Unterbrechung

Digitized by Google

der Verjährung eines der Gläubiger resp. gegen einen derselben für resp. gegen die anderen wirkt 376.

Sorgfalt, diligentia s. Verschuldung.

Specialvollmacht 238, 623.

Specifikation, Begriff u. Behandlung 538 ff. — Einfluß der S. auf die an der Sache bestandenen dinglichen Rechte 417.

Spediteur. Gesetzliches Pfand- u. Retentionsrecht des S. am Speditionsgute 850 ff.

Spielschulden, Hingabe einer Grundschuld zu deren Tilgung 803 a 5.

Sprachunkundige, Form ihrer Verträge 210 a 4.

Sprengmast 714.

Sprunggeld. Anspruch auf das S. 537 a 10.

Staat in privatrechtlicher Beziehung 97; seine Vertretung nach Außen 103, 113; s. auch Fiskus u. Reich. — Eigenthum des Staats, gemeines u. besonderes 131 a 9. — Rechte des St. an öffentlichen Gewässern 583; an öffentlichen Wegen 595; s. auch Fluß u. Weg. — Regreßpflicht an den St. wegen Verschuldung seiner Beamten 467, 105 a 14.

Staatseigenthum s. Staat u. Domainen.

Staatslasten sind nicht ablösbar 474.

Stadtgemeinden sind Korporationen 97; wer sie vertritt 103 a 1, haben sie das fiskalische Verjährungsprivilegium? 399; Recht auf Unterhaltung des Bürgersteigs gegen die Anlieger desselben 488 a 9. — Das Korporationsvermögen der St. ist der Gemeinheitstheilung nicht unterworfen 477, vgl. Gemeindevermögen.

Stand. Einfluß des St. auf die Rechtsfähigkeit 88.

Standesregister, Beweiskraft 81 a 15; Beweiskraft für das Geschlecht? 93 a 8; für die Priorität von Zwillingen 81 a 15.

Standesherren. Vorrechte der St. 45 a 4.

Statusrechte. Rechtskraft der Urtheile über St. gegen dritte Personen 297.

Statuta personalia, realia, mixta 49 ff.

Statutarrecht, Verhältniß desselben zum Landrecht 19 a 1, 4.

Staurecht in Privatflüssen 588 ff.; bei Wassermühlen 592 a 3.

Stauwerke, Genehmigung zur Anlage derselben 592 a 3; Beseitigung derselben 592 a 12.

Stehenlassen von Sachen als Besitzendigungsgrund 338.

Stellionat 427 a 3.

Stellvertretung s. Vollmacht II.

Stempel. Folgen der Unterlassung des Gebrauchs des St. 191 a 14, bei Auflassungen 553 a 5, bei Verwandlung von Lehen in Fideikommisse 871.

Steuer. Verjährung rückständiger St. 382.

Steuerbücher 437.

Stifter, Korporationen 98.

Stiftungen s. juristische Person bei Person und Familienstiftung.

Stiftungsgelder, deren Verwendung bei Auflösung juristischer Personen 112 a 7.

Stillschweigende Einwilligung, Vertragsschluß durch dieselbe 189 a 5 ff. — St. Verzicht als Endigungsgrund für Servituten 699.

Stillstand der Verjährung s. Verjährung.

Störung des Besitzes 347.

Stollen 615. — St. unter fremden Grundstücken 487 a 3.

Stollenhieb. Recht des Erbstöllners auf den St. 616.

Strafen gegen Besitzstörungen im possessorium summariissimum 350 s. auch Deliktsklagen.

Strafmacht der Korporationen 102 a 12.

Strandrecht 523.

Straßen 595. — Bauten an öffentlichen St. 505 a 9.

Streulingsrecht 688, 713.

Strom s. Fluß.

Stumme. Handlungsfähigkeit der St. 140 a 2.

Stunde. 24 St. = Tag, civiliter oder a momento ad momentum zu berechnen 134 a 3.

Stundung der Kaufgelder an den Adjudikatar schließt die Resubhastation nicht aus 832.

Sprachgebrauch der Kontrahenten 246 a 7.

Subhastation. I. Begriff u. Zweck 808. — II. Gegenstände 808. — III. Arten, nothwendige u. freiwillige S. u. deren Begriff u. Fälle 808 ff., 515. — IV. Stellung des Subhastationsgerichts, ob dasselbe Mandatar des Extrahenten der S. ist 809 ff. — Streitfragen hat es nicht zu entscheiden. Nullität? 811 a 2. — V. Theilnehmer der S.: das Subhastationsgericht, der Extrahent, die Adhärenten, Subhastat, Realberechtigte, Bieter, Ersteher u.

Digitized by Google

persönliche Gläubiger 810 ff. — Konkurskurator als Antragsteller der S. 806 a 4. — VI. Das Subhastationsverfahren: A. Bis zum Versteigerungstermin 812. 1) Der Antrag auf S. und seine Beilagen 812 ff. — Einleitung gegen den Eigenthumsbesitzer 214. — Fälle, in denen es keines vorgängigen processualischen Verfahrens bedarf 811 a 4. — 2) Die Einleitungsverfügung 813 ff.; sie bewirkt die Beschlagnahme der Sache 843. — Einfluß auf Rechtsgeschäfte des Pfandbesitzers 813 a 6. — Wirkung auf früher angemeldete Realrechte 814 a 10. — Nach dem Moment der Einleitung bestimmt sich der Umfang der auf dem Grundstück lastenden Pfandrechte, was das Zubehör, die Früchte u. s. w. anbetrifft 770 ff., 813 ff. — Nothwendige S. bricht Miethe 679. — Durch den Konkurs über den Pfandschuldner wird die S. nicht beeinflußt 806. — 3) Der Subhastationsvermerk 443, 814. — 4) Das Subhastationspatent 814. — 5) Die Widersprüche des Subhastaten gegen die Einleitung 815 ff. — B. Die Versteigerung 816 ff. — Ist die Aussetzung des Verfahrens zulässig? 816 a 3. — Die gesetzlichen Verkaufsbedingungen u. deren Abänderung 816. — Ausbietung mit u. ohne dingliche Lasten, wenn Hypotheken vorgehen 817 a 5. — Kautionsleistung durch die Bieter 817. — Das Gebot 818; nichtige Gebote 819. — Schluß der Versteigerung 819. — C. Das Zuschlagsurtheil 820; 1) Zweck (auch die Versagung des Zuschlags) 820. — 2) Präklusion der Realberechtigten 820. — 3) Beschwerden gegen das Urtheil ohne Suspensiveffekt, der Ersteher gilt während derselben als redlicher rechtmäßiger Besitzer 820 ff. — 4) Cession der Rechte des Erstehers aus dem Meistgebote wird im Zuschlagsurtheile nicht berücksichtigt 821 a 5. — 5) Rechtliche Folgen des Zuschlags 822. — a) Die Eigenthumsübertragung 822, 810. — Ersitzungstitel 392. — b) Purificirung von den Hypotheken 823 a 6. — Auch für den meistbietenden Eigenthümer 819 a 19. — c) Umfang der durch den Zuschlag ertheilten Rechte, was die Flächenbestandtheile und das Zubehör des Grundstücks anbetrifft 823 ff. — Gewährleistung 810, 823. — d) Pflicht des Erstehers zur Baarzahlung oder Pfandforderungsübernahme, auch Aufrechnung mit einer eignen zur Hebung kommenden Forderung 824. — e) Die Verzinsung der Kaufgelder 825 a 15. — 6) Die Kosten des Zuschlagsurtheils trägt der Ersteher 826 a 2. — D. Die Kaufgeldervertheilung 1) Konstituirung der Masse 826. — 2) Abzug der Masseschulden (Kosten, öffentliche Abgaben, Sequestrationsauslagen) 826. — 3) Die Ordnung der Forderungen: absolut privilegirte Gläubiger 826. — Die Realberechtigten nach der Priorität 720, 827; Zinsenrückstände 873, 874 a 11, 794. — Die Arrestprotestationen 753; in Fällen der Prioritätscession 785 a 8. — Extrahent u. Adhärent 827. — Vertheilung der hyperocha 827, 817 a 5. — 4) Die Kaufgelderbelegung: a) Feststellung der Aktivmasse 825, 828. — b) Liquidation der Ansprüche 828. — Geltendmachung von Gesammthypotheken 777 ff., 796 a 11; von Kautionshypotheken 829 a 5; der Hypothek des Eigenthümers 796 a 14. — c) Verfahren bei Bestreitung der Ansprüche 829. — d) Auszahlung der zur Hebung gelangenden Gläubiger, ev. durch Ueberweisung der Kaufgelderrückstände 829. — Besitz des Hypothekendokuments als Erforderniß der Erhebung der Kaufgelder 757 a 13. — e) Bestellung eines Kurators für die dem Aufenthalt nach unbekannten Hebungsberechtigten u. Aufgebotsverfahren 830. — E. Die Beendigung des Verfahrens, Manipulationen im Grundbuche 831. — VII. S. von Gebäuden wegen Baufälligkeit auf Antrag der Ortsobrigkeit 498.

Subhastationsinteressenten 812 a 6. — Beschwerderecht 820.

Subhastat. Geschieht das Verfahren in seinem Namen? 809. — Subhastationsinteressent 812 a 6. — Kann er Aussetzung des Verfahrens als solcher fordern? 819 a 22.

Subhastationsrichter, ob derselbe Mandatar des Extrahenten der Subhastation ist 810. — Regreß mit der a. mandati oder der Syndikatsklage? 810.

Subingrossation 443.

Subintrandi jus 762 a 22.

Subjektiv dingliche Privilegien 43.

Subjektiv dingliche Rechte werden mit der Hauptsache verhypothecirt 772 f. überhaupt bei dinglich.

Subrepartition, ideelle bei Abfindungen 484.

Subsidiarität des Landrechts 19 a 5; 40.

Substantia, error in s. 224 ff.

Substantiirung der Klage 265.

Digitized by Google

Substanz einer Sache, Begriff u. Beispiele 121. — In Beziehung auf Hypothek und Grundschuld 768 ff.

Substitution eines Bevollmächtigten, hierzu bedarf es der Specialvollmacht 238 a 4, 5; Repräsentant der Gewerkschaft hat das Recht der Substitution 623.

Succedendi et offerendi jus 762 a 22; 783; 432 a 3.

Succession bei der Ersitzung 393. — S. des Eigenthümers in die getilgte Hypothek oder Grundschuld 793. — S. ex nunc u. ex tunc bei Todeserklärungen 83. — S. ex pacto et providentia majorum 864, in Familienfideikommissen bei Lücken die gemeinrechtliche 881 a 6.

Superficies solo cedit 487; — S. u. die superficiarischen Rechte: Geschichtliches 405 a 5; Begriff 672; Umfang 673; Begründung 673 ff.; Rechte u. Pflichten des Superficiars 674.

Superveniens mala fides bei der Ersitzung 394.

Suspensivbedingung s. Bedingung.

Symbolische Tradition 330. — S. Verpfändung 842 ff.

T.

Tabellen der Grundakten 447 a 19.

Tag = 24 Stunden, civiliter oder a momento ad momentum gerechnet 134 a 3; 220 a 7. — 8 Tage 136. — Jahr u. Tag 136 a 5.

Tageswasser, ist es vom Nachbargrundstück aufzunehmen? 591.

Taube. Handlungsunfähigkeit der T. 140 a 1.

Tauben. Okkupation u. Halten von T. 530 a 5.

Taubstumme. Taubstummgeborene, Handlungsfähigkeit derselben 140 a 1. — Form ihrer Verträge 211 a 6. — Verjährung gegen T. 368 a 20.

Tausch, berechtigt nicht zur Ausübung des Vorkaufsrechts 885 a 1.

Taxe. Die öffentliche T. eines Grundstücks wird nur auf Antrag eingetragen 442 a 5.

Telegramm als Vertragsurkunde 199 a 4.

Tempus utile 135 a 4.

Tenor des Urtheils, Rechtskraft 292.

Termin (auf einen Sonntag) 137 a 12.

Terminliche Leistungen, Form, Verträge über solche auf unbestimmte Zeit, 196 a 11.

Testament, Holographisches 52 a 9

Teufe. Ewige T. beim Bergbau 487 a 3.

Thatsächliche Vortheile, Besitzesschutz? 347 a 8.

Theil, ideeller unbestimmter; Besitz an demselben? 327 a 11. — Verpfändung desselben 769. — Subhastation durch den Pfandgläubiger 516 a 9. — Subhastation oder Auktion auf Antrag des Miteigenthümers 516 a 7 ff.

Theilbarkeit von Sachen u. Handlungen 129. — Th. der Offerte 222 a 19 — Beschränkungen der T. durch Privatdisposition 129 a 4, 5.

Theilung bei Miteigenthum 808, 514 ff. — Evictionspflicht in Folge derselben 516 a 12 u. 13. — Auf Antrag eines Miteigenthümers (nothwendige Subhastation) 808; — sie berechtigt den Provokaten zur Kündigung der nur auf seinem Theile ruhenden Miethe 680 a 20. — Bestellung von Servituten im T.-Proceß 693 a 2. — Theilung eines Bergwerks 633 s. auch Trennstück.

Thiere, jagdbare, 525; jagdbare Wasserthiere 528 a 5. — Okkupation wieder wildgewordener T. 530. — Eigenthumserwerb an Thierjungen 537.

Thronlehn 408, 856.

Thür nach dem Nachbargrundstück 507 a 12.

Tiefe, unendliche, beim Bergbau 487 a 3.

Tigni immittendi servitus 703.

Tilgungsfonds verpfandbriefter Grundstücke subjektiv dinglich? 73 a 5.

Titel zum Eigenthumserwerb 72 a 2. 417. — T. zur Ersitzung 390 ff. — T. zum Pfandrecht 740. — T. u. Titelblatt im Grundbuch 436 ff.

Tod, bürgerlicher 76. — Natürlicher Tod 80. — Priorität des T. u. Beweis derselben 80 a 13. — Verträge von Todeswegen 138 a 3.

Todeserklärung, Historisches, Wirkungen, nähere Behandlung 82. — Rückkehr des Verschollenen 85 ff. — Präklusion der Erbberechtigten? 85 a 11. — Haftung der Eingewiesenen 85.

Todte Hand 109.

Torfmoore unterliegen der Gemeinheitstheilung 477.

Torfrecht 683.

Torfstich 454 a 19.

Tradde 629 a 6.

Tradition. Zum Zwecke des Besitzerwerbes 327; uneigentliche 329 ff. — Symbolische 329 ff. — Durch Anweisung

Digitized by Google

331 a 9. — Durch bloße Erklärung brevi manu traditio, constitutum possessorium 331 ff., ob durch dieselbe eine Verpfändung von Mobilien geschehen kann 832. — Bei Kollisionen geht die körperliche T. der symbolischen vor 332 a 13. — Eigenthumserwerb durch T. Begriff u. Historisches 546. — Erfordernisse nach Landrecht: juristischer Besitz 547 ff. — Causae traditionis 548 ff. — Traditionsbefugniß 549. — T. durch das Gericht 339 a 5, 550; durch Pfandgläubiger 550. — Einfluß des error essentialis, insbesondere über das Eigenthum der Sache bei der T. 550 a 19. — T. unter Abwesenden durch Uebersendung 530 ff.; Uebergang des Eigenthums u. der Gefahr dabei 551; insbesondere beim Konkurse des Adressaten 551 a 6; nach Handelsrecht 552. — Rechtsfolgen der bloßen T. von Grundstücken 561; insbesondere wenn der Tradent eingetragener Eigenthümer ist 561 ff.; wenn er dies nicht ist 563. — Wenn ein Grundbuchblatt noch nicht angelegt ist 552 a 3, 4. — Ob es zur Bestellung der Servitut der Quasi-T. bedarf 692. — Begriff der T. im Art. 306 des H. G. B. 422 a 13 sub 3.

Tragbalken, servitus tigni immittendi 703.

Traktat 217.

Translation dinglicher Rechte 417 ff.

Translative Rechtsgeschäfte, Begriff 157.

Transport, übersendeter verkaufter Waaren, wer Eigenthum u. Gefahr derselben während des T. trägt 551 ff.

Traufe 488.

Traufrecht 704 a 9.

Trennstück. Geschichtliches über die Parcellirbarkeit der Grundstücke 564. — Eintragung der Auflassung der T. durch Abschreibung 555 a 12. — Parcellirung durch öffentliche Versteigerung 567 a 6. — Vertheilung d. öffentlichen Lasten bei Parcellirungen 565 ff.; solidarische Haftung der T. 566, Exnexuation 566 ff. — Einfluß der Parcellirung einer Miethssache auf das Miethsu. Pachtverhältniß 679. — Einfluß der Parcellirung des herrschenden oder dienenden Gutes auf die Servitut 688 ff. — Ersitzung von T. 568. — Inwieweit pretium succedit in locum rei 418. — Einfluß der Parcellirung auf das zum gesetzlichen Vorkaufsrecht berechtigte Grundstück 883 a 8.

Triftrecht 705 ff.

Trumme beim Bergbau 614 a 4.

Trunkenheit bei Willenserklärungen 230 ff.; dolose Herbeiführung der T., Anzeigepflicht dabei 231 a 3.

Tunnel unter fremdem Grundstück 487 a 3; Folgen für Wasserläufe 499 a 5.

Turbation des Besitzes 347.

Turpitudo 92. — Bei Verträgen 153, 157.

U.

Ueberfallsrecht u. Fruchterwerb 501 a 14; 537.

Uebergabe, bloße U. von Grundstücken 561 s. Tradition.

Ueberhängen der Grenzmauern 500 a 9, der Grenzbäume 501 a 14 u. 15.

Ueberhangsrecht u. Fruchterwerb 537 a 5.

Ueberlegungsfrist des Erben, Hemmung der Verjährung 368 a 22.

Uebernahme einer Hypothek durch den Ersteher im Fall der Subhastation mittels Vereinbarung, Bedeutung derselben 825 a 13, 829 a 9.

Uebersendung. Tradition durch U. 551.

Ueberweisung einer Hypothek im Wege der Zwangsvollstreckung, Schutz gegen Einreden 804 a 6. — Ueberweisung der Kaufgelder in der Subhastation an den Perceptionsberechtigten, rechtliche Bedeutung dieser Ueberweisung 829 ff.

Ufer und Uferrecht. Veränderungen der Fluß-Ufer u. -Bette. — Allgemeines 543 ff. — Alluvion 543; dieselbe gehört zur Substanz des Gutes 121 a 2, u. unterliegt dem Nutzungsrechte des Nießbrauchers 652 a 2, u. dem auf dem Grundstück lastenden Pfandrecht 771 a 2; Besitzerwerb an der Alluvion 334. — Avulsion 544. — Insula in flumine nata 544 ff., Besitzerwerb derselben 334, — sie unterliegt nicht dem Nutzungsrecht des Nießbrauchers 652 a 2. — Alveus dereliotus 545. — Benutzung der U., Leinpfad u. s. w. 594 ff.

Ultimo, Bedeutung in Börsengeschäften 247 a 10.

Umlegung der Grundstücke s. Verkoppelung.

Umschreibung von Hypotheken in Grundschulden und umgekehrt 780.

Unbekannte und unbestimmte Personen, sind sie im Grundbuch eintragungsfähig? 743 a 2, 830 a 12.

Unbewegliche Sachen s. Immobilien. — U. Vermögen 126.

Uneigentliche Bedingung s. Bedingung.

Digitized by Google

Substanz einer Sache, Begriff u. Beispiele 121. — In Beziehung auf Hypothek und Grundschuld 768 ff.

Substitution eines Bevollmächtigten, hierzu bedarfes der Specialvollmacht 238 a 4, 5; Repräsentant der Gewerkschaft hat das Recht der Substitution 623.

Succedendi et offerendi jus 762 a 22; 783; 432 a 3.

Succession bei der Ersitzung 393. — S. des Eigenthümers in die getilgte Hypothek oder Grundschuld 793. — S. ex nunc u. ex tunc bei Todeserklärungen 83. — S. ex pacto et providentia majorum 864, in Familienfideikommissen bei Lücken die gemeinrechtliche 881 a 6.

Superficies solo cedit 487; — S. u. die superficiarischen Rechte: Geschichtliches 405 a 5; Begriff 672; Umfang 673; Begründung 673 ff.; Rechte u. Pflichten des Superficiars 674.

Superveniens mala fides bei der Ersitzung 394.

Suspensivbedingung s. Bedingung.

Symbolische Tradition 330. — S. Verpfändung 842 ff.

T.

Tabellen der Grundakten 447 a 19.

Tag = 24 Stunden, civiliter oder a momento ad momentum gerechnet 134 a 3; 220 a 7. — 8 Tage 136. — Jahr u. Tag 136 a 5.

Tageswasser, ist es vom Nachbargrundstück aufzunehmen? 591.

Taube. Handlungsunfähigkeit der T. 140 a 1.

Tauben. Okkupation u. Halten von T. 530 a 5.

Taubstumme. Taubstummgeborene, Handlungsfähigkeit derselben 140 a 1. — Form ihrer Verträge 211 a 6. — Verjährung gegen T. 368 a 20.

Tausch, berechtigt nicht zur Ausübung des Vorkaufsrechts 885 a 1.

Taxe. Die öffentliche T. eines Grundstücks wird nur auf Antrag eingetragen 442 a 5.

Telegramm als Vertragsurkunde 199 a 4.

Tempus utile 135 a 4.

Tenor des Urtheils, Rechtskraft 292.

Termin (auf einen Sonntag) 137 a 12.

Terminliche Leistungen, Form, Verträge über solche auf unbestimmte Zeit, 196 a 11.

Testament, Holographisches 52 a 9.

Teufe. Ewige T. beim Bergbau 487 a 3.

Thatsächliche Vortheile, Besitzesschutz? 347 a 8.

Theil, ideeller unbestimmter; Besitz an demselben? 327 a 11. — Verpfändung desselben 769. — Subhastation durch den Pfandgläubiger 516 a 9. — Subhastation oder Auktion auf Antrag des Miteigenthümers 516 a 7 ff.

Theilbarkeit von Sachen u. Handlungen 129. — Th. der Offerte 222 a 19. — Beschränkungen der T. durch Privatdisposition 129 a 4, 5.

Theilung bei Miteigenthum 808, 514 ff. — Eviktionspflicht in Folge derselben 516 a 12 u. 13. — Auf Antrag eines Miteigenthümers (nothwendige Subhastation) 808; — sie berechtigt den Provokaten zur Kündigung der nur auf seinem Theile ruhenden Miethe 680 a 20. — Bestellung von Servituten im T.-Proceß 693 a 2. — Theilung eines Bergwerks 633 s. auch Trennstück.

Thiere, jagdbare, 525; jagdbare Wasserthiere 528 a 5. — Okkupation wieder wildgewordener T. 530. — Eigenthumserwerb an Thierjungen 537.

Thronlehn 408, 856.

Thür nach dem Nachbargrundstück 507 a 12.

Tiefe, unendliche, beim Bergbau 487 a 3.

Tigni immittendi servitus 703.

Tilgungsfonds bepfand-briefter Grundstücke subjektiv dinglich? 73 a 5.

Titel zum Eigenthumserwerb 72 a 2. 417. — T. zur Ersitzung 390 ff. — T. zum Pfandrecht 740. — T. u. Titelblatt im Grundbuch 436 ff.

Tod, bürgerlicher 76. — Natürlicher Tod 80. — Priorität des T. u. Beweis derselben 80 a 13. — Verträge von Todeswegen 138 a 3.

Todeserklärung, Historisches, Wirkungen, nähere Behandlung 82. — Rückkehr des Verschollenen 85 ff. — Präklusion der Erbberechtigten? 85 a 11. — Haftung der Eingewiesenen 85.

Todte Hand 109.

Torfmoore unterliegen der Gemeinheitstheilung 477.

Torfrecht 683.

Torfstich 454 a 19.

Trabde 629 a 6.

Tradition. Zum Zwecke des Besitzerwerbes 327; uneigentliche 329 ff. — Symbolische 329 ff. — Durch Anweisung

Digitized by Google

331 a 9. — Durch bloße Erklärung brevi manu traditio, constitutum possessorium 331 ff., ob durch dieselbe eine Verpfändung von Mobilien geschehen kann 832. — Bei Kollisionen geht die körperliche T. der symbolischen vor 332 a 13. — Eigenthumserwerb durch T. Begriff u. Historisches 546. — Erfordernisse nach Landrecht: juristischer Besitz 547 ff. — Causae traditionis 548 ff. — Traditionsbefugniß 549. — T. durch das Gericht 339 a 5, 550; durch Pfandgläubiger 550. — Einfluß des error essentialis, insbesondere über das Eigenthum der Sache bei der T. 550 a 19. — T. unter Abwesenden durch Uebersendung 530 ff.; Uebergang des Eigenthums u. der Gefahr dabei 551; insbesondere beim Konkurse des Adressaten 551 a 6; nach Handelsrecht 552. — Rechtsfolgen der bloßen T. von Grundstücken 561; insbesondere wenn der Tradent eingetragener Eigenthümer ist 561 ff.; wenn er dies nicht ist 563. — Wenn ein Grundbuchblatt noch nicht angelegt ist 552 a 3, 4. — Ob es zur Bestellung der Servitut der Quasi-T. bedarf 692. — Begriff der T. im Art. 306 des H. G. B. 422 a 13 sub 3.

Tragbalken, servitus tigni immittendi 703.

Traktat 217.

Translation dinglicher Rechte 417 ff.

Translative Rechtsgeschäfte, Begriff 157.

Transport, übersendeter verkaufter Waaren, wer Eigenthum u. Gefahr derselben während des T. trägt 551 ff.

Traufe 488.

Traufrecht 704 a 9.

Trennstück. Geschichtliches über die Parcellirbarkeit der Grundstücke 564. — Eintragung der Auflassung der T. durch Abschreibung 555 a 12. — Parcellirung durch öffentliche Versteigerung 567 a 6. — Vertheilung d. öffentlichen Lasten bei Parcellirungen 565 ff.; solidarische Haftung der T. 566, Exnexuation 566 ff. — Einfluß der Parcellirung einer Miethssache auf das Miethsu. Pachtverhältniß 679. — Einfluß der Parcellirung des herrschenden oder dienenden Gutes auf die Servitut 688 ff. — Ersitzung von T. 568. — Inwieweit pretium succedit in locum rei 418. — Einfluß der Parcellirung auf das zum gesetzlichen Vorkaufsrecht berechtigte Grundstück 883 a 8.

Triftrecht 705 ff.

Trumme beim Bergbau 614 a 4.

Trunkenheit bei Willenserklärungen 230 ff.; dolose Herbeiführung der T., Anzeigepflicht dabei 231 a 3.

Tunnel unter fremdem Grundstück 487 a 3; Folgen für Wasserläufe 499 a 5.

Turbation des Besitzes 347.

Turpitudo 92. — Bei Verträgen 153, 157.

U.

Ueberfallsrecht u. Fruchterwerb 501 a 14; 537.

Uebergabe, bloße U. von Grundstücken 561 s. Tradition.

Ueberhängen der Grenzmauern 500 a 9, der Grenzbäume 501 a 14 u. 15.

Ueberhangsrecht u. Fruchterwerb 537 a 5.

Ueberlegungsfrist des Erben, Hemmung der Verjährung 368 a 22.

Uebernahme einer Hypothek durch den Ersteher im Fall der Subhastation mittels Vereinbarung, Bedeutung derselben 825 a 13, 829 a 9.

Uebersendung. Tradition durch U. 551.

Ueberweisung einer Hypothek im Wege der Zwangsvollstreckung, Schutz gegen Einreden 804 a 6. — Ueberweisung der Kaufgelder in der Subhastation an den Perceptionsberechtigten, rechtliche Bedeutung dieser Ueberweisung 829 ff.

Ufer und Uferrecht. Veränderungen der Fluß-Ufer u. -Bette. — Allgemeines 543 ff. — Alluvion 543; dieselbe gehört zur Substanz des Gutes 121 a 2, u. unterliegt dem Nutzungsrechte des Nießbrauchers 652 a 2, u. dem auf dem Grundstück lastenden Pfandrecht 771 a 2; Besitzerwerb an der Alluvion 334. — Avulsion 544. — Insula in flumine nata 544 ff., Besitzerwerb derselben 334, — sie unterliegt nicht dem Nutzungsrecht des Nießbrauchers 652 a 2. — Alveus dereliotus 545. — Benutzung der U., Leinpfad u. s. w. 594 ff.

Ultimo, Bedeutung in Börsengeschäften 247 a 10.

Umlegung der Grundstücke s. Verkoppelung.

Umschreibung von Hypotheken in Grundschulden und umgekehrt 780.

Unbekannte und unbestimmte Personen, sind sie im Grundbuch eintragungsfähig? 743 a 2, 830 a 12.

Unbewegliche Sachen s. Immobilien. — U. Vermögen 126.

Uneigentliche Bedingung s. Bedingung.

Digitized by Google

Ungeborene. Rechtsfähigkeit der U. 79 a 5 ff.

Ungewöhnliche Verjährung 398 ff.

Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte 139.

Universalsuccession unter Lebenden 119.

Universitäten juristische Personen 97; ihre Vertretung nach Außen 103.

Universitas juris et facti 119 a 2; s. auch Inbegriff.

Unkenntniß der Gesetze 37 ff.

Unmögliche Bedingung 183.

Unmöglichkeit der Klaganstellung hindert die Verjährung 368.

Unmündige wieweit handlungsunfähig? 145. — Verjährung gegen U. 367 ff.

Unnütze Bedingungen 183 a 8.

Unrechtfertiger Besitzer 325, Gegenansprüche wegen Verwendungen 575 a 7; Gleichstellung des Besitzers einer dem Vorkauf unterworfnen Sache 888 a 23; die dreißigjährige Verjährung zu seinen Gunsten 397.

Unredlicher Besitzer s. Besitz u. Verjährung.

Unschätzbare Sachen, relativ u. absolut 127 ff. — U. Geschäfte; Form, Fälle u. Berechnung des Objekts derselben 196 a 11.

Unsittliche Geschäfte sind unzulässig 153 ff. — Behandlung derselben (Rechte des Fiskus dabei) 156 ff. — U. Bedingung 183, 157.

Unständige Servituten, Ersitzung 399 ff., 697. — Verlust des Besitzes durch Nichtausübung 357. — Exstinktivverjährung 399, 700.

Unterbrechung der Verjährung durch Vereinigung 394 a 5 s. übrigens Verjährung.

Untereigenthum 407 ff.; 469 ff.; 855, 863.

Unterhöhlung von Grundstücken z. B. durch Steinbrüche 504 a 24.

Unterirdische, das U., gehört es dem Grundeigenthümer? 487 a 3.

Unterlassung. Vollstreckbarkeit einer Verurtheilung auf U. ist unverjährbar 289 a 7.

Untersagungsrechte, Begriff u. Beispiele 75 a 4. — Erwerb u. Verlust des Besitzes am U. 356.

Unterschrift ist zur Urkunde nöthig. Sie muß räumlich nachfolgen. Ob auch zeitlich? 198 a 2. — Ob durch Unterdruck? 199 a 7. — Eigenhändigkeit 200 a 9. — Durch Bevollmächtigte 200 a 10 u. 11.

Unterschrift der Eintragungen im G. B., ist sie wesentliche Form? 447 a 18.

Untheilbarkeit der Sachen 129, 514 a 1.

Unvererbliche Forderungen, wann werden sie vererblich? 277 a 11.

Unvererblichkeit des Vorkaufsrechts, wann tritt seine Vererblichkeit ein? 884.

Unverständliche Bedingung 183.

Unvordenkliche Verjährung 400 ff.

Unzulässige Rechtsgeschäfte, verbotene, schädliche, unsittliche 154; einzelne Arten derselben 154 ff.

Urheberrecht, Nießbrauch an U. 669.

Urkunde, Form derselben 198 ff.; insbesondere die Unterschrift s. Unterschrift. — Symbolische Tradition durch Uebergabe der Erwerbsurkunde 330 a 5. — Beweis des Geschäfts bei Vernichtung oder Vorenthaltung der U. (Erfüllungseid des Beweisführers) 206 a 4. — Kassation der U. u. Aufhebung des Vertrages durch dieselbe 207 a 4. — Anfechtung eines Vergleichs wegen nachträglich aufgefundener U. 165 a 16; insbesondere wegen eines aufgefundenen rechtskräftigen Erkenntnisses 167 a 7. — Restitution gegen Schiedssprüche wegen später aufgefundener Urkunden ausgeschlossen 314. — Restitution gegen Erkenntnisse wegen später aufgefundener U. 305 a 16 ff. — Falsche U. als Grund zur Nichtigkeitsklage 306 a 21.

Urkundenproceß der R. C. P. O. 301 ff.

Urtheil. I. Die äußere Form des U. 292. — II. Die Grundlagen des U. 283; inwieweit nach der Litiskontestation angeführte Thatsachen und die Aenderung des Klaglibells noch zu berücksichtigen sind 284 a 7. — III. Die Rechtskraft des U.: das Datum der Rechtskraft, von wann ab dasselbe zu rechnen ist 285 ff.; dasselbe entscheidet in Ehescheidungsprocessen über die Legitimität der nachgeborenen Kinder der geschiedenen Ehefrau 287. — Fälle, in denen Zinsen von der Rechtskraft des U. laufen s. Zinsen. — Vergleich über rechtskräftig erkannte Sachen 166 a 6; 167. — Bescheide, die der Rechtskraft entbehren 285. — Wodurch die Rechtskraft ausgeschlossen wird s. Rechtsmittel. — Vernichtung rechtskräftiger U., die Nullitätsklage und deren Gründe 285. — Inwieweit gegen ein rechtskräftiges U. der Einwand durchgreift, daß das Geschäft, auf dem das U.

Digitized by Google

beruht, simulirt sei 214. — IV. Wirkungen des rechtskräftigen U.: 1) Die Judikationsobligation (Novation durch U.) 287 ff. — 2) Die Vollstreckbarkeit 288 ff.; tempus judicati nach Römischem Recht 288 a 6; Verjährung der Vollstreckbarkeit 288 ff.; Unterbrechung u. Ruhen dieser Verjährung 289. — 3) Die exceptio rei judicatae: Historisches 289 ff., modernes Recht, die Rechtskraft der Entscheidungsgründe 292 ff.; eadem causa 293 ff.; eadem persona und die Wirkung des U. gegen Dritte; insbesondere gegen Universal- u. Singularsuccessoren 296 ff. — Wirkt ein gegen den eingetragenen Eigenthümer ergangenes U. auch gegen den Eigenthumsbesitzer 460. — Wirkung des U. gegen Dritte bei Grenzklagen 491 a 11. — 4) Einfluß des rechtskräftigen U. auf die Vererblichkeit unvererblicher Forderungen 277 a 11; 288. — 5) Die rechtskräftige Verurtheilung entzieht die Forderung den kurzen Verjährungsfristen 383 a 12. — U. über die an einer Feldmark als Ganzes bestehenden Gerechtigkeiten macht Rechtskraft für u. wider die einzelnen Besitzer der in der Feldmark belegenen Grundstücke 708 a 14. — U. gegen Lehnsbesitzer macht Rechtskraft gegen die Anwärter 863, desgleichen bei Familienfideikommiß 877. — V. Das U. als Pfandrechtstitel s. Urtheilshypothek. — Das U. als Ersitzungstitel (Putativtitel) 391 ff.

Urtheilshypothek. Begriff u. Behandlung 749. — Eintragung gegen einen nichteingetragenen Eigenthümer? 750 a 7.

Usus 671. — Furtum usus 836 a 5.

Utile tempus 135 a 4.

V.

Väterliche Gewalt erlischt bei Ehrverlust 91; Einfluß der Rehabilitirung der Ehre auf dieselbe 91 a 18. — V. Gewalt der Wahn- u. Blödsinnigen 148 a 2; der Verschwender 150 a 4. — Die Emancipation darf nicht bedingt sein 174. — S. auch Vater.

Vagabunden, nach welchen Gesetzen ihre Handlungsfähigkeit zu beurtheilen (statuta personalia) 50 a 4.

Vater. Letzter Wohnsitz des V. als Domicil der ehelichen Kinder 50 a 2. — Nießbrauch des V. an den Adventitien der Kinder 648; seine Haftung für Schulden des Kindes 670 a 4. — An Grundstücken des zur zweiten Ehe schreitenden V. haben die Kinder einen gesetzlichen Pfandrechtstitel 749. — Der V. kann gegen seine Kinder nicht ersitzen 366.

Venia aetatis 143.

Veräußerung. Begriff 158. — Von Immobilien, Form der Verträge 197 a 13. — Folgen der V. durch einen Nichtberechtigten 418 ff. — Zur V. bedarf es der Specialvollmacht 238. — V. litigioser Sachen 281 ff.; arrestirter Sachen 318. — V. der Lehnssubstanz durch den Lehnsbesitzer 864, 866. — V. des Fideikommisses 878 ff.

Veräußerungsverbote, vertragsmäßige 158 a 3; im Grundbuche eingetragene 158 a 4. — Inwieweit die V. ein Verpfändungsverbot enthalten 159 a 7. — Der Arrest enthält ein V. 318. — Wirkung der V., insbesondere auf die Ersitzung 159. — Gerichtliches V. wegen Verschlechterung des Pfandgrundstückes durch den Pfandschuldner 800.

Verarbeitung, specificatio u. accessio, Begriff, nähere Behandlung 537 ff. — Eigenthumserwerb durch V. 538 a 8, 539 a 9 ff. — V. unredlicher Weise 540. Einfluß der Specifikation auf die an der specificirten Sache bestandenen dinglichen Rechte 417.

Verbauen. Eigenthumserwerb durch V. 540 ff.

Verbesserung s. Verwendung.

Verbindung, conjunctio u. commixtio, Eigenthumserwerb durch V. 538 ff.

Verbotene Geschäfte 152 ff. Fälle 154 ff.

Verbrauchbare Sachen 128 a 1.

Verbrechen. Privatrechtliche Folgen der Verurtheilung wegen V. 91. — Vergleich über Nichtverfolgung der Antragsverbrechen 165 a 4.

Verbürgung der Frauen 92.

Verein s. juristische Person bei Person.

Verfügung, letztwillige, s. letztwillig.

Verfügungsfähigkeit, Begriff u. Folgen des Mangels 141.

Vergleich, Begriff 161. — Inwiefern der V. eine Novation enthält 162. — V. als Exekutionstitel 162 a 9. — Wirkung des V. auf Dritte 163 a 10. — Zum V. ist Specialvollmacht erforderlich 165 a 1, 238 a 5. — V. über letztwillige Verfügungen vor deren Publikation 165 a 5; über eine rechtskräftig erkannte Sache 166 a 6; über künftige Alimentenforderungen 161 a 10. — Gerichtlicher V. als Pfandrechtstitel 749. — Anfechtbarkeit des

Digitized by Google

V.: wegen Irthum 163 a 13; wegen Rechnungsfehler 164 a 14; wegen später aufgefundener Urkunden 165 a 16. — Der V. unterbricht die Klagverjährung 373.

Verjährung. I. Allgemeines: 1) Begriffsentwickelung, Unterschied von Ersitzung und Klagverjährung 358. — 2) Gegenstand u. Umfang 361; insbesondere das Eigenthumsrecht als Gegenstand der erlöschenden V. 361 a 6. — Nicht verjährbare Gegenstände 361. — 3) Unterschied der V. von der Befristung 363; s. auch Frist. — 4) Hinderung der V. (des Beginnes derselben), Historisches 364. — Gründe der Hinderung: a) entschuldbare Rechtsunkenntniß 364 ff. — b) Unmöglichkeit der Geltendmachung (agere non valenti non currit praescriptio) 364 a 2, 365. — c) Zwischen Vormund u. Pflegebefohlenen, zwischen Vater u. Kind, zwischen Ehegatten läuft die V. nicht 366. — d) Handlungsunfähigkeit des Berechtigten verschieden bei der Exstinktiv- u. Acquisitivverjährung, insbesondere Minderjährigkeit u. Unmündigkeit 367. — e) Unmöglichkeit der Klaganstellung, Versagung des rechtlichen Gehörs 368 a 21. — f) Stillstand der V. 369. — 5) Wirkung neuer Gesetze über V. auf eine noch laufende V. 59; insbesondere bei Einführung kürzerer Verjährungsfristen 59 a 5. — Einheimische Gesetze über die V.; Anwendbarkeit derselben auf im Auslande zu erfüllende Kontraktsobligationen 53. — 6) Form der Verträge über die Ausschließung oder Abkürzung der V. 211 a 13, 362 a 12, 13. — II. Die einzelnen Arten der Verjährung: A. Die Klag-Exstinktivverjährung: 1) Beginn derselben (actio nata), die Rechtsverletzung 369. — Unterschied des Römischen u. des Landrechts, insbesondere bei kündbaren Darlehnsforderungen und dem Wiederkaufsrecht 370 a 8, 371 a 9. — Einfluß einer der Klage entgegenstehenden dilatorischen oder peremtorischen Einrede auf den Beginn der Klag-V. 371. — V. des Hauptrechts durch V. der Forderung auf die einzelnen (Zins-) Prästationen 372. — 2) Zeitraum der V. 372. — Berechnung desselben 137. — 3) Unterbrechung der Klag-V.; die einzelnen Gründe, insbesondere Klaganmeldung 373 ff., 278 a 13. — Unterbrechung oder Hinderung der Klag-V. für Mitberechtigte oder gegen Mitverpflichtete 376 ff. — Beginn einer neuen Klag-V. nach der Unterbrechung, Dauer derselben, insbesondere bei der Judikatsobligation 377. — 4) Wirkungen der Klag-V. 377 ff.; ob eine naturalis obligatio zurückbleibt 379 a 6. — Die Klag-V. muß eingewendet werden und ist nicht von Amtswegen zu berücksichtigen 379 ff. — 5) Die kürzeren Klagverjährungsfristen 380: a) Die des Gesetzes vom 31. Mai 1838 381. — Geltungsbereich des Gesetzes 381 a 4. — Die einzelnen Fälle: Die zweijährige V. 381. — Die vierjährige 382. — b) V. nach dem Gesetz vom 18. Juni 1840 382. — c) Beginn u. nähere Behandlung dieser kürzeren V. 382 a 9. — 6) Die V. der Schadensersatzansprüche, Zeitraum u. Beginn der V. 384. — 7) a) V. der Grundschuldzinsen, über welche Zinsquittungsscheine ausgestellt sind 767. — b) V. der Einreden, Beginn, Unterbrechung, Perpetuation 385 ff. — 8) V. der Eigenthumsklage 361. — Die Klage des eingetragenen Eigenthümers verjährt nicht 568 a 7. — 9) Grenzklagen verjähren nicht 490. — 10) V. der Vollstreckbarkeit des Urtheils 288 ff. — B. Die Ersitzung: 1) Gegenstände 387; insbesondere Pertinenzen 124; Einfluß der Veräußerungsverbote auf die Ersitzung 159 a 5, 358 a 9, 10. — 2) Beginn der Ersitzung s. oben unter I. 3. — 3) Erfordernisse: a) bona fides 389 a 2, 390 a 6. — b) Justus titulus 390 a 7. — Putativtitel 391; insbesondere Putativtitel der Erben 392. — 4) Verjährungszeit 392. — Beweis der Fortdauer des Besitzes 393 a 6. — Accessio possessionis 393 a 9 ff. — 5) Unterbrechung der Ersitzung: a) Besitzentsetzung 394 ff. — b) Mala fides superveniens 394 a 6. — c) Klage u. Klaganmeldung 395. — d) Wiederbeginn der unterbrochenen Ersitzung 396. — 6) Besondere Arten der Ersitzung: a) Ersitzung der alluvio, der insula in flumine nata 544 ff. — b) Ersitzung des Grundstücks durch den nicht Eingetragenen, dem dasselbe tradirt ist 562. — E. gegen den eingetragenen Eigenthümer findet nicht statt 568 a 7, 8. — Ersitzung von Trennstücken 565. — c) Ersitzung des Bergbaurechts 612 a 7. — d) Ersitzung des Nießbrauchs 648 a 5. — e) Ersitzung von Privilegien 45 a 8. — f) Ersitzung der Servituten, Reallasten, des Lehns, des Familienfideikommisses s. diese Worte. — C. Die 30jährige Ersitzung, Historisches 396 ff. — Erforderniße 397 ff. — Gegenstände 397 ff. — D. Die 40jährige (ungewöhnliche) Ersitzung: Erforderniße 398. — Fälle: V. gegen Kirche u. Fiskus 398. — Ersitzung der res furtivae und vi possessae 399; der jura

Digitized by Google

discontinua 399. — E. Die unvordenkliche B. (Immemorialpräskription) 400 ff. — Gegenstände 400. — F. Der Besitz im Normaljahre 402 ff. — G. Ersitzung des Nießbrauchs 648. — H. Ersitzung der Servituten s. Servitut II, G. 3). — J. Ersitzung der Alluvion und der Flußinsel 544 ff. — K. Ersitzung von Privilegien 45. — L. Ersitzung des Bergbaurechts 612 a 7. — M. Ersitzung der Reallasten (auch translative) 718 ff., 721. — N. Ersitzung des Lehnrechts 859, am Familienfideikommißgute 879.

Verkauf s. Kauf. — Gerichtlicher V. s. Auktion. — V. von Pfandsachen s. Pfandrecht. — Privatverkauf s. diesen.

Verkehrsfähigkeit der Sachen, Beschränkungen derselben 130, 131.

Verkoppelung der Grundstücke 479ff. — Erfordernisse u. Verfahren 480. — Von der V. ausgenommene Gegenstände u. Entschädigung 481; dabei pretium succedit in locum rei 418, 485.

Verlängerung des Minderjährigkeitstermins? 144 a 18.

Verlaufen von Thieren als Besitzendigungsgrund 338.

Verlautbarung. Gerichtliche V. von Fideikommißstiftungen 208, 875.

Verleihung des Bergbaurechts 611 ff. — Verfahren 612.

Verletzung des Rechts, ob solche zum Beginn der Klagverjährung erforderlich 369.

Verlieren von Sachen als Besitzendigungsgrund 338. — Rechte gegen den Finder 533, Vindikation gegen den bona fide Erwerber 423.

Vermengung. Eigenthumserwerb durch V. 539. — V. unredlicher Weise 540. — V. bei Geld schließt die Vindikation aus 421.

Vermiether, Vermiethung s. Miethe.

Vermischung s. Vermengung.

Vermögen, bewegliches u. unbewegliches 126. — Veräußerung eines Gesammt-V. 120. — Nießbrauch an einem V. 669 ff. — Pfandbestellung an einem V. 741 a 5.

Vermögensrechte, Begriff 71. — Arten der V.; dingliche und persönliche 71 ff.; affirmative, negative, Unterlassungsrechte 74 ff.; bewegliche u. unbewegliche V. 125 ff. — V. juristischer Personen 105 ff.

Vermuthete Vollmacht 244; genügt sie zur Auflassung? 557 a 6.

Vermuthung s. Präsumtion.

Verordnung. Gesetzeskraft u. Natur königlicher V. ohne ständische Zustimmung 30 ff. — V.-Recht im Reiche 32. — Letztwillige V. s. letztwillig.

Versagung des rechtlichen Gehörs hindert die Verjährung 368 a 21.

Verschlechterung, zufällige, s. Gefahr; verschuldete s. Schade III. u. Deterioration.

Verschollenheit, Begriff 82. — Ob durch V. der Besitz erlischt 339 a 9. — Vindikationsbefugnisse eines zurückgekehrten Verschollenen 70 a 2.

Verschuldung. 1) Begriff 248. — 2) Delikte werden nach dem Gesetze des Ortes ihrer Begehung beurtheilt 53 a 4. — 3) Gründe der Ausschließung der V. bei Delikten: Handlungsunfähigkeit 141 a 10, 249; insbesondere der Geisteskranken, Kinder 249; unmündiger 249 a 5; mündiger Minderjähriger 147, 249 a 5. — Zwang, Befehl, Recht 250 a 6. — 4) Grade der V.; dolus und culpa 250 ff. — Grobes, mäßiges u. geringes Versehen 251; diligentia quam suis 252 a 6; Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns im Handelsrecht 251 a 1. — Pfandgläubiger haftet dem Verpfänder einer Forderung für mäßiges Versehen 837, 846. — Ebenso Miteigenthümer 514 a 16. — Auch Projektanten einer Aktiengesellschaft gegenüber den Zeichnern 230 a 9. — Ebenso der Richter bei Auswahl des Sequesters 320 a 6. — Für geringstes Versehen haftet der Faustpfandgläubiger, der die Sache unbefugt gebraucht 836 a 5. — 5) Culpa in contrahendo 221 a 16, 213 a 2. — 6) Haftbarkeit der Korporationen wegen V. ihrer Vertreter 104 ff.

Verschwender, Begriff, Handlungsunfähigkeit 150. — V. haften aus Delikten und gesetzlichen Obligationen 151 a 8. — Interdiktion der V. 151.

Versetzung der Fischwasser 529 a 18.

Versicherung. Eintragung der Feuerversicherungssumme im Grundbuch 442 a 5. — V.-Gelder, inwieweit dieselben dem auf dem versicherten Grundstück ruhenden Pfandrecht unterliegen? 774. — Dieselben werden bei der Subhastation im Falle eines gleichzeitigen Konkurses des Pfandschuldners von der Gemeinmasse gesondert 806. — Inwieweit die V.-Gelder eines subhastirten Grundstücks dem Adjudikatar gebühren 824. — Muß Nießbraucher die Gebäude gegen Feuer versichern? 659 a 7.

Digitized by Google

Versorgungsanstalten, inwieweit sie staatlicher Genehmigung bedürfen 96 a 3, 99 a 24.

Versteigerung s. Auktion. — V. im Subhastationsverfahren s. Subhastation.

Vertheilung der Kaufgelder s. Subhastation. — V. der Revenüen bei der Beschlagnahme derselben durch die Pfandgläubiger 808.

Vertiefungen an Mauern 489.

Vertrag. 1) Begriff u. Arten 138 a 2 ff. — 2) Anfechtbarkeit, Nichtigkeit, Ungültigkeit der V. 138 ff. — 3) Unzulässige resp. nichtige V. 152 ff.; einzelne Fälle 154 ff.; Behandlung solcher V. 156 ff. — 4) V. Minderjähriger u. Unmündiger ohne Zustimmung des Vormundes 146. — 5) Form der V. 188 ff.; s. auch Form u. Schriftlichkeit. — Folgen der Unterlassung der Form 191. — 6) Folgen der falschen Benennung des V. durch die Kontrahenten 188 a 3; der falschen Benennung der Kontrahenten 188 a 4. — 7) Nebenabreden der V., mündliche 203 ff.; insbesondere bei Handelsgeschäften 204 a 3. — Widersprüche zwischen Schrift und mündlichen Feststellungen? 204 a 4. — 8) Abschluß der V. in den einzelnen Stadien: a) Präliminarien, Vorverhandlungen der V.; rechtliche Bedeutung derselben 217. — b) Traktate 217 a 5. — c) Punktationen und deren bindende Kraft und Klagbarkeit 218. — — d) Offerte und Acceptation s. Näheres bei Offerte. — 9) Beweis des schriftlichen Geschäfts: durch die Urkunde s. Urkunde; neben der Urkunde und wenn letztere nicht auffindbar, vernichtet u. s. w. ist 206 a 4. — 10) Die Aufhebung schriftlicher Verträge, insbesondere durch Willenseinigung 206 ff. — 11) Besondere Arten: a) Realverträge, Begriff 197 ff. — Beispiele: Faustpfandvertrag 832 ff. — b) Pacta de contrahendo, z. B. de compromittendo 310; de pignore dando 741 ff., 833.

Vertreibare Sachen 128.

Vertretung s. Vollmacht.

Verwaltungsbehörde, Befugniß derselben, Subhastation zu beantragen 811 a 4.

Verwarnung der Frauen bei Verbürgungen s. Frauen.

Verwendungen auf die Sache, Gegenansprüche des Besitzers gegen die Vindikation wegen V. 575. — Ersatzansprüche des Nießbrauchers wegen V. 656 a 6. — Retentionsrecht wegen V. 848 a 4. — Dasselbe wirkt auch gegen Dritte, insbesondere die Konkursmasse des Schuldners 849 a 15. — Inwiefern bei der Lehnssonderung die Allodialmasse für V. in das Lehn Vergütung fordern kann 869.

Verwundete. Todeserklärung der im Kriege schwer V. 84 a 6.

Verzicht, Begriff 170; s. auch Entsagung.

Verzug als Folge der Klagbehändigung 277. — Einfluß des Wechsels der Gesetzgebung 58 a 4.

Verzugszinsen s. Zinsen.

Vicinalwege 596.

Viehtreiben und Viehweiden auf fremdem Acker, Pfändung deswegen 259.

Viehtrift, Servitut 705.

Vierung beim Bergbau 614 a 4.

Vindikation s. Eigenthum unter Nr. VII.

Vis, absoluta u. compulsiva 231 ff. — Interdictum unde vi 345 ff. — Res vi possessae, Ersitzung 388 ff.

Vitalität eines neugeborenen Kindes ist nicht Voraussetzung seiner Rechtsfähigkeit 78 a 2.

Volljährigkeit, Anfangspunkt derselben 142 a 5. — V. der Regenten, Kurfürsten und ehemals Reichsunmittelbaren 143 a 6 ff. — Ob Gesetze über den V.-Termin rückwirkende Kraft haben 58 a 1, 60 a 8.

Volljährigkeitserklärung, Voraussetzung und Verfahren 143 ff. — Beschränkungen der Handlungsfähigkeit d. Volljährigerklärten? 144 a 16.

Vollmacht. I. V. als Voraussetzung der Stellvertretung: 1) Umfang der V. 237 a 2; insbesondere nach Handelsrecht 241. — V. zur Wahrnehmung der Rechte eines Subhastationsinteressenten legitimirt auch für die Resubhastation 832 a 6; generelle und specielle V., Fälle, wo die letztere nöthig 238 a 3, 4; 623 a 24. — V. zur Hypothekbestellung schließt die zur Grundschuld nicht in sich 741 a 6. — 2) Form des V.-Vertrages, schriftliche 238; notarielle, gerichtliche 238 a 6; 212 a 20; nach Handelsrecht 221 a 1. — Folgen des nur mündlich geschlossenen V.-Vertrages Dritten gegenüber 238 ff. — Stillschweigende V. 239 a 11. — Vermuthete V. 244. — Gesetzliche V. der Vormünder, Ehefrauen, Vorsteher juristischer Personen 245. — 3) Erlöschen der V. u. deren Gründe 240, 243; nach Handelsrecht 243; Aufkündigung 240. — II. Handlung durch Bevollmächtigte, die Stellvertretung, Historisches und Begriffsentwickelung 233 ff. — Die mittelbare Stellvertretung 234 a 2; unmittelbare

Digitized by Google

235 ff. — Nach wessen Person sich Form u. Inhalt, Gültigkeit des Geschäfts, Handlungsfähigkeit u. s. w. richtet, ob nach der des Vollmachtgebers oder der des Bevollmächtigten 235 a 8. — Wie es zu halten, wenn Vollmachtgeber und Bevollmächtigter zugleich Geschäfte schließen, die nicht mit einander bestehen können 236 a 9. — Bevollmächtigung Mehrerer 237 a 1. — Haftung des Bevollmächtigten u. desjenigen, der sich fälschlich für einen solchen ausgiebt 237 a 14. — Ueberschreitung der V. 244. — Ratihabition der Stellvertretung s. Ratihabition. — Geschäfte, bei denen eine Stellvertretung ausgeschlossen ist 237. — Besitzerwerb durch Stellvertretung 334. — Erfordernisse 335 ff. — Wirkung 337; insbesondere Stellvertretung Handlungsunfähiger 337. — Nach wessen Person sich Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzes richtet 337 a 10, 422 a 13; insbesondere bei der Ersitzung 390 a 6. — Der Stellvertreter kann nicht seinen animus possidendi ändern; Besitzverlust durch Stellvertreter 344 ff. — Gegen wen das possessorium summariissimum bei Besitzstörung im Auftrage Anderer zu richten ist 350. — Auflassung durch Bevollmächtigte 556 ff.

Vorbehalt, Begriff, Unterschied von Protestation 167 ff.; reservatio mentalis 213. — V. in der Klage Unterbrechung der Verjährung 374 a 11. — V. des Eigenthums, Bedeutung bei Immobilien 746 ff. — V. des Pfandrechts bei Aufgabe des Besitzes am Faustpfande 841 a 9. — V. des Retentionsrechts bei Aufgabe des Besitzes auf richterliche Verfügung 848. — V. des Nießbrauchs bei der Sachveräußerung 648 a 2. — Desgl. V. von Reallasten 718 a 2. — Desgl. des Altentheils 724.

Vorfluth. In V.-Sachen entscheidet in gewissen Fällen nach gesetzlicher Bestimmung ein Schiedsgericht 308 a 4. — Geschichtliches über die V. 500. — Rechtsverhältniß 590 ff. — Negatorienklage des Unterliegers 590 a 3; s. auch Be- und Entwässerung und Fluß.

Vorkaufsrecht. 1) Rechtliche Natur u. Begründung des V. 410, 882 ff. — 2) Eintragung des V. im Grundbuche 443, 638, 884. — Genügt die Eintragung zur Klaglegitimation? 884 a 11. — 3) Die gesetzlichen V.: a) der Miteigenthümer 513, 638, 883; b) der Exproprirten, besonders gegenüber Eisenbahnen 883 a 8. — c) Lehnsretrakt 866, 882 a 4. — 4) Die vertragsmäßigen u. testamentarisch bewilligten V. 884. — Dinglicher Charakter? Realisirung durch Eintragung 884 a 12. — Voraussetzungen des Eintritts des V.-Rechts: Verkauf (auch Freundschaftskauf) oder Hingabe an Zahlungsstatt 885. — Folgen, wenn der Verkauf anfechtbar ist 886 a 7. — Wird das V. in der Subhastation ausgeübt, so ist der Vorkaufsberechtigte zur Kautionsstellung verpflichtet 817 a 7. — Einmaliges u. fortgesetztes V. 886. — Persönliches und dingliches V. 884; verschiedene rechtliche Wirkungen 886 ff. — Stellung des Käufers einer mit einem V. versehenen Sache — dem Berechtigten gegenüber als unredlicher, unrechtfertiger Besitzer? 888. — Das V. ist nicht abtretbar, regelmäßig unvererblich 884. — Reihenfolge unter mehreren 884 a 17. — Erlöschen des V. 885. — Verjährung 885.

Vorliebe. Werth der besonderen V. 127.

Vormerkung. Begriff u. Zweck der ächten V. 461, 168. — Arten der V. 461. — Eintragung der V. 462. — Antrag u. Erfordernisse 462. — Eintragung auf Antrag des Proceßrichters 747. — Wirkung der V. 463, 415. — Durch die Eintragung der V. entsteht ein bedingtes Pfandrecht 751 ff.; s. auch Arrestprotestation. — Ob die Pfandklage aus einer V. erhoben werden kann? 801. — Abtretung der Rechte aus der V. 751. — Konsentirte V. 463. — Löschung der V. (actio negatoria) 464. — Succession des Eigenthümers in das zu Grunde liegende Recht? 794.

Vormund, erwirbt Besitz für den Mündel, aus seiner Person wird die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes beurtheilt 337, ebenso bei Endigung des Besitzes 341. — V. kann den Mündeln gegenüber nicht ersitzen 366.

Vormundschaft. Letztwillige Verfügungen des Testators über die Bevormundung der Kinder bedürfen der schriftlichen Form 197 a 14.

Vorsatz, dolus s. Verschuldung.

Vorstand von Korporationen 102.

Vorverhandlungen der Verträge 217.

Vorzugsrecht unter mehreren Vorkaufsberechtigten 884; s. Priorität.

W.

Waare, symbolische Tradition von W. durch Uebergabe des Konossements u. Ladescheins 303 ff. — Desgl. Verpfändung 842 ff. — Unterliegen dem Verkauf

Digitized by Google

bestimmte W. dem Pfandrecht des Vermiethers? 852 a 7.

Wahnsinn, Begriff 147 a 1.

Wahnsinnige sind handlungsunfähig 140, 148 a 2. — W. können nicht selbst Besitz erwerben 328. — Verjährung gegen W. 368.

Wahnsinnigkeitserklärung 148 a 7 ff.; s. auch Interdiktion.

Wald, gesetzliche Eigenthumsbeschränkungen zum Zweck der Waldkultur 492.

Waldservituten. Geschichtliches 710. — Näheres u. Arten 711 ff. — Ablösung 477 ff., 701 ff. — Unbestimmte W. 683 ff.

Waldweide 711.

Walzende Aecker s. Wandeläcker.

Wandeläcker, Begriff 439; Einrichtung des Grundbuchs über W., Personalfolien, Artikel 440.

Wandschränke in der gemeinschaftlichen Mauer 489 a 15.

Wasserlauf. Der öffentliche W. 583. — Entschädigung wegen Aenderung des W. 69 a 1; s. auch Fluß.

Wasserleitungen 686 a 16.

Wassermühlen 862; insbesondere das Staurecht 598.

Wechsel auf einen Verstorbenen ist ungültig 80 a 12. — Redlicher Erwerb des W. hindert die Vindikation desselben 423 a 22.

Wechselklage. Unterbrechung der W. 373 a 4. — Hinderung des Beginns der Verjährung 384 a 16. — Verzicht auf Verjährung 862 a 12.

Wechselproceß 301.

Wege, öffentliche, Straßen, Plätze, Land- u. Heerstraßen 595 ff. — Rechte des Staats an solchen und Erhaltungspflicht 595 ff. — Gemeindewege, deren Nutzung u. Erhaltung 596 ff. — Entschädigungspflicht bei Verlegung derselben 597 ff.

Wegeservitut. Allgemeines s. Servitut. — Begriff u. Arten 705. — Besitz an W. 357 a 5. — W. dürfen nicht zu ganz neuen Anlagen benutzt werden 687 a 2. — Civiliter uti 686.

Weiber s. Frauen.

Weiberlehn 857 a 3; Succession bei W. 862 a 15, 16.

Weide. Gemeine W. unterliegt der Gemeinheitstheilung 477.

Weidegerechtigkeit. Allgemeines s. Servitut. — Näheres u. Arten 706 ff. — Der Eigenthümer des mit der W. belasteten Grundstückes hat das Recht der Mithut 684 a 2, 706. — Civiliter uti 686. Einschränkungen der W. mit Rücksicht auf die Landeskultur 709 ff. — W. unterliegen der Gemeinheitstheilung 477, 701. — Ungemessene W. 686. — W. als subjektiv persönliches Recht 672.

Wellerwände 489 a 14.

Werkmeister. Gesetzliches Pfandrecht der W. an den von ihnen gefertigten Sachen im Konkurse des Schuldners 850.

Werth einer Sache, Begriff, gemeiner, außerordentlicher und Affektions-W. 127. — Berechnung des W. nach dem Ertrage oder der Rente 127.

Wetterdächer an der Grenze 500.

Widerruf der Privilegien aus Gründen des öffentlichen Wohls 47 a 5.

Widersprüche im Landrecht und A. G. O. 18.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 285. — Historisches 304. — Gründe der W. 304 ff.; Frist 305; insbesondere W. gegen Verjährung 364 a 3.

Wiederkaufsrecht ist dem Vorkaufsrecht ähnlich zu behandeln 888; Verjährung desselben 371 a 9; wo dasselbe im Grundbuche vermerkt wird 443. — Gesetzliches Wiederkaufsrecht des Expropriirten ist aufgehoben; auch bei der Expropriation zum Bergbau 883 a 8.

Wiedertäufer haben Korporationsrechte 99 a 22.

Wiesen. In den geschlossenen Zeiten der W. darf die Weidegerechtigkeit nicht ausgeübt werden 709 a 4 ff.

Wild. Okkupation des W. 524 ff.; s. auch Jagdrecht.

Wilddieb, ob derselbe Eigenthum an dem erlegten Wilde erwirbt? 525 a 8.

Willenserklärung, Mittel derselben 388 ff.; Gebrauch falscher Bezeichnungen 188 a 3, 4, 227 a 16. — Ausdrückliche u. stillschweigende 190. — Ernstlicher Wille 213 ff.

Willensfehler s. Zwang, Irrthum, Betrug.

Wind. Entziehung des W. für benachbarte Windmühlen 507.

Windbruch. Recht auf den W. 711 a 5.

Winkel, präsumtive Grundstücksgrenze 488 a 12, 13. — Bei gemeinschaftlichem W. ist die Theilung ausgeschlossen 514 a 1.

Wirthschaftsjahr. Theilung der Erträge des letzten W. bei beendigtem Nießbrauch 664 a 15.

Witthum 724 ff.

Wittwenstand. Inwiefern Verträge über das Verharren im W. unzulässig sind 154 a 2.

Wohnsitz s. Domicil. — Doppelter W. 50 a 3.

Digitized by Google

Z.

Zahlung, Vollmacht zum Empfang 238, 239 a 11. — Rückforderung von Z. s. condictio. — Angabe an Zahlungsstatt, Geltung des Vorkaufsrechts dabei? 885.

Zaun als Grundstücksgrenze 489 a 14; Verpflichtung zur Erhaltung 500 a 7.

Zehnten, Reallast, Begriff 721. — Historisches, besonders über die Kirchenzehnten 721 ff. — Die einzelnen Arten der Z. 722. — Ausübung des Zehntrechtes 723. — Ablösung der Z. 722; s. auch Reallasten.

Zeit. Berechnung civiliter und a momento ad momentum 134. — Tempus regit actum 56 ff. — Bezüglich der Locirung der Kosten der hypothekarischen Eintragung 778 a 3. — Dies a quo et ad quem s. bei Eigenthumsübertragungen 521. — Eintragung solcher Zeitbestimmungen im Grundbuche 443. — Betagte Forderungen können durch Arrest gesichert werden 316 a 2. — Betagte Forderungen bei der Kaufgeldervertheilung in der Subhastation 827 a 9. — Errichtungs-Z. der Verträge, Bedeutung für deren Interpretation 246.

Zeugen. Bestochene Z. Grund zur Nullitätsklage 285 a 3. — Neu aufgefundene Z. als Restitutionsgrund 306 a 20.

Zinsen. I. Verzugszinsen laufen von der Klagbehändigung 277, 279. — In welchen Fällen sie erst von der Rechtskraft des Urtheils laufen 288 a 4; insbesondere Verzugs-Z. des Fiskus 114 a 5. — Verzugs-Z. von Zinsrückständen 288 a 4; von Schenkungen 288 a 4. — Ob und inwieweit nach Verjährung der Konventionalzinsen noch Verzugszinsen gefordert werden können 382 a 8. — Wirkung neuer Gesetze über Verzugs-Z. auf die Folgen eines bereits vorher eingetretenen Verzuges 58 a 4. — Inwiefern das Pfand für Verzugs-Z. haftet 737 a 2, 733 a 7. — II. Vertragszinsen. Z. bei bedingten Geschäften pendente conditione, wem dieselben gebühren 181, 182. — Erhebung der Z. durch den Nießbraucher des Kapitals 665. — Entrichtung der Z. von auf dem Grundstück lastenden Hypotheken durch den Nießbraucher 661. — Verjährung des Hauptrechtes durch Verjährung der einzelnen Forderungen auf die Zinsleistungen 372. — Zinszahlung unterbricht die Klagverjährung 373 a 8. — Ebenso die Klage auf die Zinsen 375. — Zinszahlung durch einen dritten Besitzer der verpfändeten Sache, unterbricht sie die Verjährung der persönlichen Klage? 376 a 25. — Z. werden bei Berechnung der Höhe eines Vertragsobjektes nicht mit eingerechnet 196. — Zinstragende Schuldscheine über rückständige Z. bedürfen der gerichtlichen Form 212 a 14. — Hypothekenzinsen: a) Dieselben gehen in der Priorität den Eintragungskosten nach, dem Kapital vor 784. — b) Erhöhung des Zinsfußes einer eingetragenen Post und Prioritätseinräumung für diese Erhöhung durch den Schuldner ohne Zustimmung der zurückgesetzten Gläubiger 786. — Findet sie auch bei Kautionshypotheken statt? 782 a 7. — Ist sie noch nach der Beschlagnahme des Grundstücks zulässig? 843 a 6. — c) Ein Successionsrecht des Eigenthümers in gezahlte Z. (Hypothek des Eigenthümers) besteht nicht 794 a 4. — d) Kapitalisirte Eintragung rückständiger Z. auf Grund eines rechtskräftigen Urtheils 750 a 4. — e) An wen die Z. bei Cession der Hypothek oder Grundschuld zu zahlen sind? 761, 765. — Vorbehalt der Zinsen bei Abtretung des Kapitals 761 a 18. — f) Inwiefern Zinsrückstände bei der Subhastation zur Hebung kommen 827, 828. — g) Zinskoupon, erstreckt sich das Pfandrecht am Inhaberpapier auch auf den Z.? 835. — h) Von welchem Moment an der Adjudikatar bei Subhastation Z. der Kaufgelder zu zahlen hat? 825 a 15.

Zinsquittungsscheine bei Grundschulden 765; Formelles 765 a 3 u. 766; rechtliche Natur (Inhaberpapiere) 766. — Amortisation der Z. findet nicht statt 766 a 6. — Einreden gegen Z. 767.

Zinsrückstände s. Zinsen.

Zinszahlung s. Zinsen.

Zögerungszinsen s. Zinsen unter Nr. I.

Zorn als Willensfehler bei Willenserklärungen 230 a 2. — Dolose Erregung des Z.- u. Anzeigepflicht 231.

Zubehör einer Sache 121 ff.; s. auch Pertinenzen.

Zubehörstücke, unbewegliche, eines Grundstückes sind auf dem Titel des Grundbuchblattes zu verzeichnen 438.

Zuchthausstrafe. Einfluß der Z. auf die Ehre 90.

Zufall s. Gefahr.

Zugeständniß = Anerkennung von Thatsachen 160 a 5; qualificirtes (bedingtes) Z. 172 a 3.

Zunft, Korporation; Verfassung der Z. 97 a 8.

Digitized by Google

Zurückhaltungsrecht s. Retentionsrecht.

Zurückweisung unsubstantiirter Klagen 266; wann nach einer solchen die unterbrochene Verjährung wieder beginnt 377 a 30.

Zusammenlegung der Grundstücke 479 ff., 418.

Zuschlag gefundener Sachen s. Fund. — Z. im Subhastationsverfahren s. Subhastation.

Zuschreibungen im Grundbuche 435 a 11, 439; s. auch Trennstück.

Zuwachs wird bei der Berechnung der Höhe des Vertragsobjektes bezüglich der Schriftlichkeit nicht mit eingerechnet 196. — Pflicht der Herausgabe nach der Klagebehändigung 279.

Zuwendungen, letztwillige, s. letztwillig.

Zwang als Willensfehler 231; Einfluß auf das Rechtsgeschäft 232; metus reverentialis 232 a 7. — rechtmäßige u. unrechtmäßige Drohung 232 a 8. — Protestation wegen erlittenen Zwanges 168 a 2. — Näheres 233.

Zwangsenteignung s. Expropriation.

Zwangstitelberichtigung 448 ff.

Zwangs- u. Bannrechte, subjektiv u. objektiv dingliche Rechte? 73.

Zwangsvollstreckung zur Befriedigung der Pfandgläubiger s. Beschlagnahme der Revenüen bei Revenüen und Subhastation.

Zweck 185 ff.

Zweige. Ueberhängen der Z. 501 a 14.

Zwillinge, bei streitiger Erstgeburt der Z. entscheidet das Loos 80 a 11, 81 a 15.

Zwischenräume zwischen benachbarten Grundstücken sind präsumtive Grundstücksgrenzen; Eigenthum an solchen 488.

Zwischenzins, Berechnung des Z. bei unverzinslichen Forderungen in der Subhastation 827 a 9.

Zwitter. Geschlecht der Z. 93 a 8.

Digitized by Google

II. Quellenregister.

1. Die wichtigsten Citate aus dem allgemeinen Landrecht.

Einleitung.

§. 2. 29 a 2.
„ 3. 28 a 2.
„ 4. 39 a 2.
„ 6. 41 a 3.
„ 12. 37 a 1.
„ 14. 57 ff.
„ 15. 33 a 2.
„ 17. 58 a 2.
„ 23 ff. 47 ff.
„ 33. 52 a 9.
„ 35. 50 a 3.
„ 36. 55 a 5.
„ 38. 55 a 6.
„ 41 ff. 86.
„ 43. 87 a 7.
„ 54 ff. 45 ff.
„ 61. 56 a 3.
„ 66. 46 a 2.
„ 76. 261 a 4.
„ 77 ff. 257 ff.
„ 88 ff. 69.
„ 95. 70 a 1.
„ 107 ff. 69 a 3.

Theil I.

Titel I.

„ 10. 79 a 5.
„ 12. 79 a 8.
„ 13. 78 a 1.
„ 16. 71 a 7; 80 a 11.
„ 17, 18. 79 a 4.
„ 19. 93 a 8.
„ 25. 142 a 3.
„ 27, 28. 147 a 1.
„ 30. 150 a 2.
„ 35. 84 a 6.
„ 37, 38. 82 a 4.
„ 55. 150 a 5.

Titel II.

„ 1 ff. 119 a 1.
„ 4, 5. 121 a 1.
§. 6. 124 a 1.
„ 8. 126 a 8.
„ 10, 11. 125 a 5.
„ 32. 119 a 3.
„ 36. 120 a 6.
„ 41. 129.
„ 42 ff. 122.
„ 48. 125 a 4.
„ 93 ff. 124 a 11.
„ 93. 617 a 3.
„ 109 ff. 126 a 1.
„ 120, 121. 128 a 1.
„ 125 ff. 73.
„ 133, 134. 416 a 6.
„ 135. 409 a 2.

Titel III.

„ 4 ff. 253 a 1.
„ 18 ff. 251 ff.
„ 40, 41. 191 a 15.
„ 45 ff. 134 ff.
„ 48. 137 a 11.
„ 49. 136 a 5.

Titel IV.

„ 6 ff. 154 ff.
„ 6. 156 a 1.
„ 15. 131 a 12.
„ 19. 158 a 4.
„ 20. 145 a 1.
„ 23. 147 ff.
„ 24 ff. 140 a 1.
„ 28 ff. 230 ff.
„ 28. 231 a 5.
„ 31 ff. 231 ff.
„ 31—33. 232 a 4.
„ 52 ff. 213 ff.
„ 57. 190 a 9.
„ 58. 190 a 10.
„ 61. 189 a 7.
„ 63 ff. 190 a 11 u. 12.
„ 65 ff. 245 ff.
„ 66. 60 a 8.
„ 75 ff. 223 ff.
„ 84 ff. 228 ff.
§. 91 ff. 230 ff.
„ 99 ff. 172 ff.
„ 108. 185 ff.
„ 120. 154 a 2.
„ 134. 183 a 8.
„ 141. 180 a 6.
„ 142. 199 a 3.
„ 145 ff. 216 ff.
„ 152 ff. 185 ff.

Titel V.

„ 7. 138 a 4.
„ 11 ff. 147 a 15.
„ 15. 152 a 14.
„ 16. 151 a 11.
„ 18. 137 a 10.
„ 24 ff. 140 a 1.
„ 32 ff. 141 a 9.
„ 33. 151 a 8.
„ 37, 38. 141 a 8, 161 a 10.
„ 71. 245 a 3.
„ 78 ff. 218 ff.
„ 94. 220 a 6.
„ 95. 134 a 3.
„ 109 ff. 191 a 15.
„ 111 ff. 191 a 16.
„ 116 ff. 191 ff.
„ 116. 199 a 6.
„ 117. 217 a 1.
„ 118 ff. 181 ff.
„ 119. 199 a 5.
„ 120 ff. 217 ff.
„ 125. 218 a 6.
„ 127. 203 ff.
„ 131. 194 ff.
„ 134. 194 a 3, 171 a 14.
„ 135. 691 a 4 ff.
„ 142 ff. 198 ff.
„ 149. 193 a 7.
„ 156 ff. 201 ff.
„ 157 u. 158. 202 a 9.
„ 161. 202 a 7.
§. 169 ff. 205.
„ 170. 206 a 4.
„ 172 ff. 210 ff.
„ 180—183. 210 a 4.
„ 185. 201 a 2.
„ 185 ff. 160 a 7.
„ 193. 170 a 8.
„ 226 ff. 172 ff.
„ 247. 779 a 7.
„ 248. 779 a 6.
„ 252. 245 ff.
„ 261. 247 a 3.
„ 277 ff. 248 ff.
„ 343 u. 344. 385 a 2 unten.
„ 369. 726 a 16.
„ 385. 206 ff.
„ 408. 727 a 17.
„ 440. 376 a 23.

Titel VI.

„ 36. 69.
„ 54, 55. 384 ff.

Titel VII.

„ 1 ff. 321.
„ 6. 324.
„ 10 ff. 325.
„ 21, 22. 337 a 10.
„ 25. 337 a 11.
„ 26 ff. 104 a 10.
„ 26 ff. 337 a 12.
„ 26. 336 a 8.
„ 35. 338 a 13.
„ 45. 334 ff.
„ 46 ff. 327 a 7.
„ 50 ff. 328 a 4.
„ 52 ff. 334.
„ 54. 334 a 8.
„ 59. 333 a 5, 560 a 6.
„ 62 ff. 329 ff.
„ 69. 339 a 8.
„ 70 u. 71. 332 a 12.

Digitized by Google

§. 72 ff. 331 a 11.
„ 77. 354 ff.
„ 78. 353 a 5.
„ 80. 75 ff., 354 a 5.
„ 81. 355 a 8.
„ 82. 356 a 10.
„ 87. 356 a 11.
„ 96 ff. 323, 339 a 6, 394 a 2.
„ 104 ff. 355 a 7.
„ 106. 328 a 2.
„ 111 ff. 338 a 1.
„ 117 u. 118. 340 a 11.
„ 126 ff. 356 ff.
„ 127. 356 a 3.
„ 130. 357 a 4.
„ 131. 341 a 14.
„ 137. 323 a 14.
„ 140. 342 a 7.
„ 144 ff. 257 a 6.
„ 146 ff. 346 ff.
„ 160 ff. 655 a 1.
„ 161 ff. 577 ff.
„ 169 ff. 324.
„ 176. 582 a 15, 561 a 4.
„ 178. 578 a 6.
„ 179. 326 a 13, 578 a 5 u. 8.
„ 181 u. 182. 582 a 17.
„ 185. 578 a 9.
„ 189 ff. 327 a 10.
„ 192. 353 a 8.
„ 195 ff. 571 a 16 ff.
„ 209. 575 a 4.
„ 210 ff. 575 a 9.
„ 220. 581 a 11.
„ 222. 277 a 9.
„ 229. 279 a 6.
„ 236 ff. 575 a 7 u. 8.
„ 240 ff. 574 a 7 ff.
„ 243. 581 a 11.

Titel VIII.

„ 1 u. 2. 406 a 8.
„ 3. 130 a 2.
„ 6 ff. 517 a 1.
„ 9. 406 a 6.
„ 19 u. 20. 407 a 3.
„ 26. 69 a 1.
„ 27 u. 28. 499 a 2.
„ 35. 497 a 2.
„ 36. 497 a 1.
„ 37 ff. 498.
„ 60. 498 a 6.
§. 66 ff. 496 a 5.
„ 67 u. 69. 495 a 1.
„ 71 ff. 495 a 4.
„ 76 u. 77. 486 a 2.
„ 78 ff. 487 a 7, 488 a 8.
„ 99. 587 a 5.
„ 100. 591 a 6.
„ 102 ff. 590 ff.
„ 118. 488 a 10 u. 11.
„ 120 u. 121. 488 a 12.
„ 120. 514 a 1.
„ 125. 504 a 3.
„ 126. 504 a 4.
„ 127. 504 a 3.
„ 129. 503 a 21.
„ 130. 499 a 5.
„ 132. 487 a 3.
„ 133. 505 a 8.
„ 133 ff. 489 a 15.
„ 138. 506 a 11.
„ 139 u. 140. 505 a 9.
„ 141. 499 a 3.
„ 142 u. 143. 505 a 10.
„ 149 u. 150. 499 a 6.
„ 155. 508 a 18.
„ 157 ff. 489 a 14.
„ 159 ff. 489 a 14.
„ 162. 500 a 7.
„ 185 ff. 504 a 5.
„ 188. 488 a 13.
„ 191. 700 a 6.

Titel IX.

„ 2. 417 a 7.
„ 3. 416 a 1.
„ 12 u. 13. 522 a 2.
„ 18. 531 a 7.
„ 19 ff. 532 a 1 ff.
„ 31. 136 a 4.
„ 70. 533 a 11.
„ 74 ff. 534 a 1 ff.
„ 94 ff. 408 a 9.
„ 107 ff. 530 a 1.
„ 108 ff. 530 a 3 ff.
„ 115. 530 a 2.
„ 122. 530 a 6.
„ 170 ff. 527 a 1 ff.
„ 176. 587 a 1.
„ 185. 587 a 1.
„ 187. 529 a 18.
„ 193 ff. 531 a 10.
§. 196 ff. 531 a 11 u. 12.
„ 220 ff. 536 ff.
„ 221. 537 a 4, 652 a 6.
„ 223 ff. 543 a 1 ff.
„ 232—236. 543 a 6.
„ 239 ff. 595 a 5.
„ 242 ff. 544 a 12.
„ 253. 543 a 3.
„ 257. 545 a 15.
„ 264. 545 a 20.
„ 271. 545 a 19.
„ 275 ff. 537 a 7, 539 a 9.
„ 286. 489 a 16.
„ 287 ff. 500 a 10 ff.
„ 288. 501 a 13.
„ 289 ff. 537 a 5.
„ 293. 501 a 14.
„ 298 ff. 537 a 1.
„ 304. 538 a 5.
„ 305. 538 a 8.
„ 307 ff. 539 a 10.
„ 314. 539 a 10.
„ 315. 539 a 11.
„ 324. 537 a 9.
„ 327 ff. 541 a 5.
„ 332. 542 a 12.
„ 340 ff. 542 a 9.
„ 343 ff. 531 a 8.
„ 504 ff. 361 a 5.
„ 506. 361 a 3.
„ 509 ff. 372.
„ 511. 362 a 10.
„ 512 ff. 364 ff.
„ 521 ff. 365 a 9 ff.
„ 523, 528 u. 529. 368 a 21.
„ 524. 366 a 11.
„ 532. 368 a 19.
„ 535 ff. 367 a 15.
„ 536. 367 a 16.
„ 544. 400 a 14.
„ 545 ff. 369 ff.
„ 546. 372 a 1.
„ 548, 49. 137 a 8.
„ 550. 135 a 1.
„ 551 ff. 278 a 13.
„ 551. 373 a 9, 613 a 11.
„ 552 ff. 374 a 15.
„ 554, 555 ff. 377 a 29.
„ 556 ff. 377 a 30.
„ 556. 374 a 11.
„ 562. 373 a 7.
„ 564. 379 a 5.
§. 565. 362 a 12.
„ 568, 569. 378 a 3.
„ 570. 375 a 15.
„ 575. 376 a 21.
„ 579 ff. 387 ff.
„ 579. 390 a 8.
„ 581. 388 a 7
„ 581, 582. 159 a 5.
„ 589. 389 a 16.
„ 593 ff. 368 a 18.
„ 596 ff. 393 a 8.
„ 599, 600. 393 a 7.
„ 601 ff. 394 a 1 ff.
„ 603 ff. 395 ff.
„ 609. 396 a 14.
„ 611. 394 a 6.
„ 612. 394 a 4.
„ 614 ff. 392 a 15.
„ 616. 393 a 11.
„ 618, 619. 390 a 5.
„ 625 ff. 396 a 3 ff.
„ 629 ff. 398.
„ 641 ff. 402 a 2.
„ 648. 399 a 9.
„ 649 ff. 399 a 11.
„ 656 ff. 401 a 10.
„ 660 ff. 401 a 12.
„ 664. 402 a 14.
„ 666. 394 a 12.

Titel X.

„ 1 ff. 546 ff.
„ 2. 417 a 2.
„ 23. 578 a 10.
„ 25. 411 a 2.

Titel XI.

„ 8. 68 a 37.
„ 68. 386 a 3.
„ 95. 560 a 7.
„ 106. 677 a 7.
„ 109. 825 a 15.
„ 128 ff. 551 a 4.
„ 199. 134 a 3.
„ 204, 224. 136 a 4.
„ 258 ff. 172 ff.
„ 262 ff. 521 a 6 ff.
„ 263—274. 176 a 5.
„ 264. 521 a 7.
„ 317. 371 a 9.
„ 321. 839 a 7.
„ 326. 548 a 9.
„ 340. 810 a 11.
„ 340 ff. 808 ff.
„ 342. 822 a 1.
„ 376 ff. 758.
„ 383 ff. 464 a 10.

Digitized by Google

§. 393 ff. 758 ff.
„ 403. 761 a 16.
„ 413. 765 a 7.
„ 573. 517 a 15.
„ 602 ff. 724 ff.
„ 818 u. 821. 766 a 8.
„ 827. 382 a 8.
„ 1060. 145 a 2.

Titel XII.

„ 298, 299. 298 a 8
„ 423. 650 a 7.
„ 492. 178 a 2.
„ 508. 185 ff.
„ 542. 71 a 6.

Titel XIII.

„ 5 ff. 233 ff.
„ 200. 80 a 12.

Titel XIV.

„ 105. 807 a 3.
„ 123. 807 a 4.
„ 188, 189. 741 a 4.
„ 283. 467 a 8.
„ 311. 299 a 14, 467 a 9.
„ 413 ff. 258 ff.
„ 466 ff. 168.

Titel XV.

„ 1. 569 a 3.
„ 6, 7. 569 a 5.
„ 8 ff. 550 a 16.
„ 15. 572.
„ 16. 573 a 4.
„ 21. 576 a 10.
„ 28. 573 a 2.
„ 34. 578 a 8.
„ 42 ff. 420.
„ 45 ff. 421 a 11.
„ 46. 540 a 13, 423 a 17.
„ 54. 424 a 1.

Titel XVI.

„ 2, 3. 417 a 2.
„ 61 ff. 725 a 9.
„ 166. 38 a 7.
„ 172 ff. 157 a 4.
„ 205 ff. 157 a 3.
„ 369. 114 a 2.
„ 377. 386 a 4.
„ 378 ff. 169 a 1.
„ 393. 169 a 2.
„ 405 ff. 161.
„ 415. 165 a 4.
„ 482. 636 a 8.

Titel XVII.

§. 1 ff. 509 a 1.
„ 46, 47. 514 a 18.
„ 61. 883 a 7.
„ 75 ff. 514 ff.
„ 83 ff. 515 ff.
„ 97 ff. 516 a 12.
„ 112 ff. 517 a 17.
„ 274. 91 a 15.
„ 289. 514 a 2.
„ 362. 489 a 1 ff.
„ 379. 490 a 7.
„ 387. 491 a 11.

Titel XVIII.

„ 7. 408 a 8.
„ 13 ff. 855 ff.
„ 293. 864 a 7.
„ 714. 727 a 3.

Titel XX.

„ 7. 832 a 1.
„ 12, 13. 834 a 5.
„ 14. 781 a 4.
„ 16, 17. 141 a 8, 745 a 11, 834 a 2.
„ 26, 27. 838 a 1.
„ 29 ff. 798 a 5.
„ 33. 798 a 7.
„ 37. 762 a 22.
„ 46. 761 a 17.
„ 79. 834 a 3.
„ 97, 98. 834 a 6.
„ 104, 105. 832 a 2.
„ 110. 833 a 3.
„ 113 ff. 835 a 1.
„ 118. 833 a 5.
„ 123, 124. 836 a 5.
„ 127 ff. 837 a 13.
„ 139 ff. 837 a 6.
„ 147 ff. 837 a 9.
„ 157. 835 a 4.
„ 216. 810 a 12.
„ 217. 840 a 17.
„ 219, 220. 840 a 16.
„ 221. 841 a 3.
„ 227 ff. 799 a 9.
„ 246. 840 a 2.
„ 253 ff. 841 a 8.
„ 271 ff. 842 ff.
„ 281 ff. 844 ff.
„ 406, 407. 745 a 11.
„ 408. 746 a 12, 754 a 3.
„ 450 ff. u. 503, 467 a 4.

§. 454. 769 a 4.
„ 458, 459. 418 a 8, 491 a 11.
„ 460. 491 a 11.
„ 470. 771 a 2.
„ 472 ff. 771 a 3.
„ 482. 778 a 2.
„ 490. 806 a 1.
„ 496. 784 a 2.
„ 497 ff. 784 ff.
„ 536 ff. 847 ff.
„ 538. 574 a 2.
„ 568 ff. 882 ff.
„ 576. 885 a 2.
„ 587. 884 a 17.
„ 594, 595. 884 a 14, 887 a 15.
„ 607. 886 a 5.
„ 608 ff. 886.
„ 629, 630. 887 a 16.
„ 639 ff. 888.
„ 642. 888 a 24.

Titel XXI.

„ 2. 648 a 2.
„ 8. 635 a 2.
„ 12. 659 a 6, 7.
„ 13. 693 a 9.
„ 16. 659 a 4.
„ 19, 20. 658 a 3.
„ 22 ff. 646 ff.
„ 22, 23. 676 a 8.
„ 24. 652 a 1.
„ 25. 659 a 5.
„ 29. 653 a 12.
„ 31. 653 a 16.
„ 32 ff. 655 a 23.
„ 37, 38. 654 a 21.
„ 40. 652.
„ 42. 668 a 6.
„ 45, 46. 655 a 29.
„ 48. 663 a 8.
„ 49. 656 a 6.
„ 52. 660 a 11.
„ 56. 656 a 6.
„ 61 ff. 657 a 9.
„ 67. 663 a 8.
„ 68, 69. 660 a 8.
„ 71 ff. 670 a 5.
„ 75 ff. 670 a 7.
„ 80 ff. 661 a 18.
„ 82 ff. 661 a 20.
„ 82. 490 a 10.
„ 88. 661 a 17.
„ 98. 336 a 7.
„ 100. 647 a 9, 644 a 8, 656 a 4.
„ 101 ff. 664 ff.

§. 110. 657 a 12.
„ 112 ff. 662 ff.
„ 128. 657 a 8.
„ 132. 659 a 4.
„ 134 ff. 660 a 14.
„ 140 ff. 660 a 12, 13.
„ 147. 663 a 12.
„ 152 ff. 664 a 15.
„ 170 ff. 664 a 16.
„ 173. 646 a 5, 647 a 8.
„ 178. 650 a 2.
„ 179. 650 a 6.
„ 181 ff. 651 a 12.
„ 184. 651 a 11.
„ 345. 134 a 3.
„ 350 ff. 680 a 22.
„ 358. 677 ff.
„ 388. 679 a 15.
„ 395. 851 ff.

Titel XXII.

„ 3 ff. 693 ff.
„ 13. 691 a 4.
„ 14. 667 a 5.
„ 15. 692 a 7.
„ 16 ff. 689 a 2.
„ 18 ff. 693.
„ 28. 705 a 6.
„ 29. 686 a 17.
„ 30 ff. 685 a 10.
„ 43 ff. 699 a 6.
„ 50. 508 a 21, 700.
„ 52 ff. 701 a 12.
„ 53, 54. 636 a 8.
„ 56. 703, 685 a 12.
„ 60. 704 a 13.
„ 61. 704 a 11.
„ 62. 704 a 15 ff.
„ 71. 687 a 2, 705 a 8.
„ 80 ff. 706 ff.
„ 81. 686 a 17, 19.
„ 96. 672 a 7.
„ 146. 707 a 12.
„ 197 ff. 710 ff.
„ 199, 200. 487 a 5.
„ 230 ff. 685 a 13.
„ 235 ff. 686 a 20.
„ 243 ff. 672 ff.

II. Theil.

Titel I.

„ 198. 93 a 7.
„ 770. 286 a 10.
„ 933. 139 a 7.

Digitized by Google

Titel II.

§. 216. 144 a 14.
„ 236. 278 a 11.
„ 255. 91 a 13.
„ 603. 881 a 4.

Titel IV.

„ 21 ff. 873 a 11.
„ 47 ff. 874 ff.
„ 73. 100 a 29.

Titel VI.

„ 1 ff. 94 ff.
„ 72. 107 a 11.
„ 73 ff. 100 ff.
„ 96, 97. 106 a 9.

Titel VII.

„ 313. 39 a 4.

Titel VIII.

„ 41. 39 a 4.
„ 187. 39 a 4.
„ 2026. 227 a 15.

Titel X.

§. 27 ff. 518 a 9.

Titel XI.

„ 17 ff. 99 a 18, 130 a 6.
„ 170. 98 a 12.
„ 194. 519 a 11.
„ 352, 366. 39 a 4.
„ 685. 388 a 11.
„ 784 ff. 662 a 23.
„ 857. 721 ff.
„ 1199, 1200. 77 a 4.

Titel XIII.

„ 17. 55 a 3.

Titel XIV.

„ 21. 585 a 1 ff.
„ 24 ff. 520 a 4 ff.
„ 39. 401 a 9.

Titel XV.

§. 1. 596 a 3.
„ 8 ff. 596 a 6.
„ 12. 597 a 10.
„ 38. 585 a 1 ff.
„ 55 ff. 595 ff.
„ 71 ff. 545 a 18; 586 a 11, 12, 598 a 14; 528 a 6.
„ 80 ff. 523 a 11.
„ 233. 592 a 1.
„ 243. 594 a 9.
„ 246. 593 a 6.
„ 247. 507.

Titel XVI.

„ 1 ff. 522 a 4.
„ 8 ff. 522 a 5.
„ 28, 29. 51 a 8.
„ 32. 525 a 4.
„ 69 ff. 599 ff.
„ 156 ff. 613 ff.
„ 221 ff. 615 ff.

Titel XVII.

§. 90 ff. 105 a 14.
„ 175. 39 a 4.

Titel XVIII.

„ 18. 140 a 1.
„ 349 ff. 150 a 4.
„ 713 ff. 143 a 11.
„ 815 ff. 149 a 13.
„ 821 ff. 83 a 1 ff.
„ 842. 85 a 11.

Titel XIX.

„ 41. 112 a 6.
„ 42. 99 a 24.

Anhang.

„ 156 zu I, 21 §. 401. 675 a 3.
„ 78 zu II, 1 §. 295. 51 a 8.

2. Citate aus der Allgemeinen Gerichtsordnung.

I. Theil.

Einleitung.

§. 1. 262 a 9.
„ 65. 284 ff.
„ 66. 297.

Titel II.

„ 111. 560 a 2.
„ 167 ff. 396 ff.

Titel V.

„ 4. 269 a 15.
„ 17. 265 a 3.
„ 21. 266 a 7.
„ 27. 346 a 11.

Titel VI.

„ 7. 266 a 5.

Titel VII.

„ 48. 277 ff.

Titel IX.

„ 1.1 379 a 7.

Titel X.

§. 5a. 284 a 7.
„ 55. 40 a 7.
„ 120. 206.
„ 126. 210 a 16.
„ 134. 199 a 6.

Titel XIII.

„ 27 ff. 272 ff.
„ 38. 293 a 4.

Titel XVI.

„ 18 ff. 305.

Titel XVII.

„ 34 ff. 570 a 9.

Titel XXII.

„ 19. 264 a 6.

Titel XXIII.

„ 51, 52. 572 a 18.

Titel XXIV.

§. 3. 289.
„ 4. 162 a 9.
„ 5 ff. 297 ff.
„ 9. 464 a 10.
„ 75 ff. 420 a 5.
„ 116 ff. 807 a 1.

Titel XXVIII.

„ 3. 301 a 6.

Titel XXIX.

„ 30. 316 ff.

Titel XXXI.

„ 1 ff. 346 ff.

Titel XXXVII.

„ 6. 83 ff.

Titel XXXVIII.

„ 1 ff. 148 ff.

Titel XLII.

§. 1 ff. 489 ff.

Titel XLVI.

„ 28. 868 a 2.

Titel LI.

„ 99 ff. 424 ff.

II. Theil.

Titel I.

„ 11. 191 a 15.

Anhang.

„ 106 zu I, 13 §. 28. 272 a 4.
„ 148 zu I, 24 §. 3. 289.
„ 153 zu I, 24 §. 45. 107 a 10.
„ 155 zu I, 24 §. 70. 853 a 10.
„ 195 zu I, 28 §. 14. 289.

Digitized by Google

3. Die übrigen Landesgesetze und die Bundes- und Reichsgesetze.

Abkürzungen: Decl. = Declaration; Ed. = Edikt; G. = Gesetz; Instr. = Instruktion; KO. = Kabinets-Ordre; O. = Ordnung; Pat. = Patent; Publ.-Pat. = Publikations-Patent; Rec. = Receß; R. = Reskript; RG. = Reichsgesetz; V. = Verordnung.

1722.

Konkurs- und Hypotheken-O. vom 4. Februar 428 a 6.

1728.

V. vom 3. Januar 34 a 1.

1738.

R. vom 26. Februar 8 a 6.
R. vom 1. März 8 a 6.

1739.

Ed. vom 8. Mai 88 a 4.

1746.

Privilegium v. 31. Mai 6 a 4. Ed. vom 18. Juli 142 a 5.
Konstitution für Pommern vom 31. December 7 a 2.

1747.

Projekt des codex Frideric. Pomeran. vom 6. Juli 7 a 2.

1748.

Projekt des cod. March. v. 3. April 7 a 2.

1749.

Projekt des corp. jur. Frider. I. Theil 8 a 3.
Ed. vom 14. Mai 142 a 5.
Ed. vom 12. August 470 u. a 4.

1750.

Schlesische Hypotheken-O. v. 4. August 429 a 7; 448 a 1.

1751.

Projekt des corp. jur. Frideric. II. Theil 8 a 3.

1753.

Ed. v. 21. Juni 77 a 4; 109 a 11.

1754.

Decl. vom 12. März 109 a 11.

1756.

R. vom 10. Juli 89 a 4.

1758.

Ordre vom 3. März 722.

1763.

Verschollenheits-G. v. 23. Oktober 83.

1764.

Pommersche Bauern-O. 460 a 2.
Ed. vom 12. Juli 470 a 4.

1766.

Stempel-Ed. vom 13. Mai 192.

1769.

Gemeinh.-Theil.-O. für Preußen und Kurmark vom 21. Oktober 477 a 4.
KO. vom 30. September 722 a 6.

1770.

Ed. vom 8. Februar 191 a 14; 192, 194.

1771.

Gemeinh.-Theil.-O. für Schlesien vom 14. April 477 a 4.

1773.

Vorst.-Ed. v. 16. Juli 590 a 1.

1780.

KO. vom 14. April 9 a 2; 11.

1781.

R. vom 10. März 192 a 5.
Corp. jur. Frideric. Prozeß-O. I. Theil vom 26. April 9 a 5.

1783.

Deposital-O. vom 15. Septbr. 9 a 5
I. §. 52. 811 a 4.
Hypotheken-O. vom 20. December 9 a 5; 429; 432 a 6.
I. §. 1 ff. 434 a 7.
1. §§. 14, 15. 126 a 11; 436 a 13.
I. §. 43. 441 a 1.
I. §. 48. 426 a 11.
I. §. 73. 459 a 18.
II. §. 12. 465 a 6.
II. §§. 93—100. 424 a 3; 425 a 8.
II. §. 103 ff. 430 a 10.
II. §. 163. 748 a 6.
II. §. 182. 747 a 3.
II. §. 187. 430 a 10.
II. §. 191. 748 a 6.
§. 213. 759 a 8.
§. 289 ff. 461 ff
§. 301 ff. 755.

1784.

R. vom 24. August 547 a 4.

1790.

KO. vom 5. November 143 a 5.
KO. vom 20. December 77 a 4.

1791.

Publ.-Pat. des Allg. G.-Buchs 10.

1792.

KO. vom 18. April wegen Suspension der allg. G. für die Preußisch. Staaten 11.
Chausseebau-Ed. vom 18. April 63 a 2.
KO. vom 18. December 868 a 21.

Digitized by Google

1793.
Pat. zur allg. Gerichts-O. vom 6. Juli 18 a 6.
1794.
Publ.-Pat. des L. R. v. 5. Februar 3. 11 a 9; 58 a 3; 59 a 5, a 6.
1795.
R. vom 5. Januar 675 a 3.
1798.
R. vom 25. Januar 311 a 19.
KO. vom 8. März 16 a 4.
Ed. vom 20. Oktober 95 a 5.
1799.
Dekl. vom 14. August 564 a 1.
KO. vom 28. Oktober 114 a 5.
1800.
Ed. vom 31. August 709 a 3.
1801.
Publ.-Pat. für das ostpreußische Provinzial-G.-Buch v. 4. August 20 a 6.
1802.
R. vom 11. August 791.
1803.
Publ.-Pat. zum L. R. vom 1. April 35 a 5.
Dekl. vom 4. April 839 a 8.
Publ.-Pat. des Anhangs zum Allgem. L. R. vom 11. April 23 u. a 1.
1804.
R. vom 26. Mai 547 a 4.
1805.
Publikandum vom 1. Oktober 449 a 4.
1806.
R. vom 6. März 33 a 3.
KO. vom 16. Juni 143 a 5.
1807.
Ed. vom 9. Oktober 88 a 2; 129 a 5; 468.
§. 1. 517 a 2; 874 a 1.
§. 4. 564 u. a 2.
§. 5. 878 a 1.
§. 6, 7. 156 a 9.
§. 9. 870 a 2; 876 a 2.
1808.
Ed. vom 29. März 592 a 2.
Städte-O. v. 19. November 100 a 1
KO. vom 22. November 20 a 7.
V. v. 26. Decbr. §§. 42, 48; 115 a 9.
1809.
KO. vom 15. März 86 a 4.
KO. vom 28. März 87 a 5.
V. vom 9. Dec. 197 a 12; 845 a 4.
1810.
V. v. 27. Oktober §§. 1 u. 2. 35 a 6.
Ed. vom 28. Oktober 592 a 2.
R. vom 3. November 33 a 3.
Gesinde-O. vom 8. November
§. 22. 198 a 16.
§. 40. 155 a 5.
§. 160 ff. 258 a 9.
Stempel-Ed. vom 20. November
Art. 11. 191 a 14.
1811.
V. vom 28. März 33.
Dekl. zum Stempel-Ed. (v. 1810) vom 27. Juni §. 5. 191 a 14.
Regulirungs-Ed. vom 14. September 471.
Kultur-Ed. vom 14. September 468 ff.; 710 ff.
§. 1. 564 a 2.
§. 2. 788 a 10.
§. 3. 566 a 9.
§. 4. 493 a 8.
§. 7. 155 a 5; 728 a 10.
§. 19. 710 a 10.
Vorfluths-Ed. vom 15. November 590, 594.
§. 11. 594 a 11.
§. 16. 63 a 4.
§. 21 ff. 308 a 4.
§§. 28, 29. 310.
1812.
KO. vom 12. Februar 518 a 4.
Ed. vom 11. März §. 20. 89 a 6.
1814.
Publ.-Pat. zum L. R. 58 a 1 u. 2.
1815.
Deutsche Bundes-Akte vom 8. Juni Art. 14. 88 a 3.
V. vom 21. Juni §. 5. 602 a 18.
KO. vom 6. September 33.
1816.
V. vom 6. Januar 95 a 5.
Dekl. vom 29. Mai 472, 468.
Art. 66 ff. u. 82. 471 a 2.
Art. 96. 687 a 4.
KO. vom 20. Juli 208 a 10.
V. vom 30. August 89 a 7.
Publ.-Pat. des L. R. für Posen vom 9. November, (für Sachsen vom 15. November) 23 a 4; 58 a 1. u. 2.
§. 4. 810 a 8.
§. 16 resp. 12. 59 a 5.
§. 18 resp. 14. 58 a 1.
V. vom 24. December 493 a 9.
1817.
V. vom 20. Juni 468, 481.
§. 91. 482 a 8.
§. 158. 483 a 1.
§. 169. 483 a 3.
§. 169 ff. 483 a 4.
§§. 170, 171. 483 a 5.
Instr. vom 23. Oktober 108 a 1.
1818.
Einführung der Hypotheken-O. v. 1783 in Posen durch Pat. vom 4. April 430 a 13.
1819.
V. vom 7. Juli 87 a 4.
G. vom 18. November 508.

Digitized by Google

1820.
G. vom 17. Januar (Seehandlung) 114 a 2.
Instr. vom 30. Mai §. 11, 55.
V. vom 16. Juni 430 a 13; 753 a 1.
1821.
G. vom 23. April 197 a 13.
Gemeinh.-Theil.-O. vom 7. Juni 469; 476.
§. 3. 480 a 2.
§. 11 ff. 864 a 8.
§§. 12, 15. 478 a 7.
§. 17. 107 a 11 u. 478 a 5.
§§. 18, 19 ff. 478 a 8 ff.
§. 32. 479 a 12.
§. 52. 683 a 9.
§. 61. 479 a 14.
§§. 110, 111. 450 a 9; 444 a 13.
§§. 147, 148. 418 a 5.
§. 150. 485 a 10.
§. 164. 156 a 10; 387 a 6; 698 a 8.
§. 166 ff. 686 a 20.
G. vom 1. Juli 614 a 5.
KO. vom 5. September 518 a 5.
1822.
G. vom 7. März §. 4 sub c. 178 a 8.
G. vom 22. Mai 84 a 7.
1823.
G. vom 5. Juni III, 4. 97 a 1.
1824.
Dekl. vom 3. April des §. 52 des Anhangs zu L. R. I, 16 §. 484. 736 a 5; 792.
1825.
Publ.-Pat. des L. R. für Westphalen vom 21. Juni 23 a 4.
§. 2. 21 a 9.
KO. vom 31. December 104 a 4; 115 a 9.
1826.
KO. vom 24. Juli 35 a 6.
1828.
G. vom 2. August 84 a 7.
1829.
V. vom 13. Juli §. 14. 483 a 2.
1830.
R. vom 28. Januar 131 a 7.
1831.
KO. vom 25. Januar 519 a 12.
KO. vom 2. Juli 867 a 6.
KO. vom 4. December 62 a 1.
1833.
G. vom 3. Mai 109 a 11.
G. vom 13. Mai 112 a 5.
G. vom 1. Juni 24 a 6.
§. 8. 265 a 3.
§. 13. 160 a 6.
§. 37. 286 a 5.
KO. vom 2. Juli 115 a 7; 748 a 8.
G. vom 7. Juli 114 a 5.
KO. vom 23. Juli 531 a 9.
Instr. vom 24. Juli §. 29. 284 a 7.
KO. vom 6. Oktober 449 a 7.
KO. vom 17. Oktober 301 a 5, 6; 371 a 8; 802 a 9.
V. vom 14. December 314 a 12.
§. 5 sub 10. 292 a 2.
1834.
V. vom 4. März
§. 6. 167 a 6.
§. 9. 741 a 8.
§§. 22 ff. 750.
KO. vom 15. März 482 a 5.
V. vom 31. März 430 a 13.
V. vom 30. Juni 481 ff.
§§. 2 ff. 481 a 3.
§§. 6, 31 ff. 308 a 4.
§§. 10, 11. 482 a 6.
§§. 22. 482 a 7.
§. 25. 864 a 8.
§. 39. 483 a 2.
1835.
Dekl. vom 21. März zu §. 54 Tit. 20 Th. I des A. L. R. 450 a 8.
Instr. vom 12. Juni 450 a 8.
G. vom 29. Juni §. 4 ff. 867 a 6.
1836.
KO. vom 16. Januar 29 a 2.
R. vom 25. April 750 a 8.
Ordre vom 22. Mai 107 a 11.
KO. vom 19. Juni 721 a 7.
KO. vom 1. August 42 a 5.
1837.
KO. vom 21. Jan. 29 a 2.
G. vom 20. März 211 a 9.
§. 2. 208 a 9.
G. vom 8. Mai §. 11. 91 a 17.
1838.
G. vom 31. März 380 ff.
§§. 2, 3. 642 a 5; 779 a 5.
§. 5. 382 a 9.
§. 7. 59 a 5.
§. 10. 377 a 31; 383 a 12; 630 a 8.
V. vom 5. Mai
§§. 1, 45. 286 a 5.
§. 9. 136 a 2.
V. vom 28. Juli 478 a 9.
Dekl. vom 28. Juli 753 a 1.
Eisenbahn-G. vom 3. November
§. 3. 44 a 5.
§. 11. 66 a 25.
§. 14. 68 a 36.
§. 16 ff. 836 a 8.
§. 24. 493 a 12.

Digitized by Google

1839.
KO. vom 31. März 50 a 2.
Deckl. vom 6. April Art. 13. 305 a 13.
Instr. vom 7. April 347 a 5.
KO. vom 9. Mai 424 a 5, 7.

1840.
G. vom 15. Februar
§. 2. 876 a 4.
§. 7. 876.
§. 15 ff. 877 a 9.
G. vom 18. Juni 382.
§. 11. 384.

1841.
Deckl. vom 31. März.
§§. 1—4. 698 a 8.

1842.
G. vom 11. Mai 63 a 5.
KO. vom 28. Juli 878 a 1.

1843.
G. vom 8. Februar über die Privatflüsse 587 ff.
§. 1. 587 a 2.
§§. 4, 5. 588 a 6.
§. 7. Abs. 2. 591 a 5.
„ 8 ff. 590 a 16; 595 a 7.
„ 13. 588 a 9.
„ 15. 589 a 11.
„ 17. 593 a 6.
„ 19 ff. 63 a 4; 589 a 13; 696 a 19.
„ 56 ff. 589 a 14.
B. vom 5. März
§. 1 ff. 713 a 14.
„ 4. 686 a 14.
R. vom 20. Juli 278 a 13.
B. vom 21. Juli 109 a 11.
§. 7. 128 a 8.
B. vom 11. August §. 1. 680 a. 20.

1844.
G. vom 8. Juli 76 a 1.
B. vom 22. November 484 a 7; 482 a 4.

1845.
G. vom 3. Januar 565 a 5.
G. vom 7. März über fisk. Zinsen 114 a 5.
G. vom 7. März über Aufgebot 425 a 6.
Deckl. vom 25. April 728 a 9.
G. vom 11. Juli über Formen der R.G. 167; 212 a 15; 724 a 5.
§. 2. 212 a 20.
Notariatsgesetz vom 11. Juli 209 a 12.
§. 40 ff. 191 a 15.

1846.
G. vom 23. Januar 592 a 13.
G. vom 3. April 35.
G. vom 4. Mai 109 a 10; 518 a 10.
B. vom 21. Juli 24 a. 6. §. 35. 34 a 4.
Deckl. vom 21. Juli 853 a 9.

1847.
Pat. vom 30. März 99 a 23.
G. vom 23. Juli 89 a 6.
§. 1. 143 a 5.
§§. 36. 99 a 21.
Deckl. vom 26. Juli 107 a 11.
Feldpolizei-O. vom 1. November
§. 3 ff. 709 a 2.
„ 4 ff. 259 a 4.
„ 11. 260 a 11.
„ 17. 709 a 2.
§. 35. 709 a 4.
„ 40. 530 a 5.
„ 44 ff. 259 a 5.
„ 53 ff. 260 a 15.

1848.
Deich-G. vom 28. Januar
§. 1 ff. 492 u. a 2.
„ 11. 718 a 1.
§. 16 387 a 6.
„ 20. 66.
Jagd-G. vom 31. Oktober 524.
Verfassungs-Urkunde vom 5. December 30 a 3.
Art. 38. 872 a 4.

1849.
B. vom 2. Januar
§. 14. 211 a 7.
„ 20. 207 a 2.

1850.
Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar
Art. 4. 88.
„ 9. 62.
„ 10. 77 a 5.
„ 12. 88 a 15.
„ 13. 97 a 5; 98.
„ 14. 98 a 11.
„ 15. 109 a 8.
„ 30. 95 a 5.
Art. 31. 95 a 1.
„ 40 ff. 872 a 4; 856 a 4.
„ 42. 408 a 12; 564 a 2.
„ 45. 30 a 4.
„ 62. 30 a 3.
„ 109. 30 a 5.
Einführungs-G. zur A. D. Wechsel-O. vom 15. Februar 301 a 7.
Deutsche Wechsel-O. vom 15. Februar
§. 41. 135 a 4.
„ 74. 423 a 19.
§. 77 ff. 380 a 1; 384 a 16.
§. 80. 373 a 4.
G. (über Ablösung der Reallasten) vom 2. März 469.
§. 2 ff. 408; 473 a 2; 638 a 6; 883 a 5.
§. 4. 883 a 8.
„ 6. 474 a 4.
„ 8 ff. 474 a 5.
„ 38 ff. 729.
„ 63 ff. 474 a 6.
§. 73. 156 a 9.
„ 91. 156 a 10; 408 a 12; 650 a 3; 673 a 5, 6; 719 a 8.
„ 93. 566 a 11.
„ 94 ff. 474 a 3.
„ 109. 482 a 9.
G. über Ergänzung u. Abänderung der Gemeinheitstheilungs-O. vom 2. März 460, 477 ff.
Art. 4. 683 a 9 ff.
„ 7, 8. 479 a 13.
Art. 9. 702 a 17.
„ 12. 698 a 8.
G. über die Rentenbanken vom 2. März 474 a 7.
§. 18. 475 a 9; 639 a 11.
„ 64. 639 a 11.

Digitized by Google

G. vom 3. März 567 a 13.
§. 3. 418 a 9.
Jagdpolizei-G. vom 7. März 524 ff.
Vereins-Polizei-Ges. vom 11. März 95 a 5.
§. 2. 99 a 23.
„ 5 ff. 31 a 12.

1851.

G. vom 24. Februar 85 a 9.
G. vom 26. April
Art. 2. 114 a 3.
„ 3. 55. a. 3.
V. vom 10. Mai
§. 12. 128 a 7.
„ 15. 748 a 8.
G. vom 11. Mai 301 a 5.
G. vom 12. Mai 301 a 5.

1852.

Holzdiebstahls-G. vom 2. Juni 263 a 3.
Disciplinar-G. vom 21. Juli
§. 78 ff.; 102 a 10.

1853.

G. vom 11. Mai 492 a 3; 592 a 14.
Dekl. vom 24. Mai 156 a 10.
Hypothekennovelle vom 24. Mai 430 ff.
§. 1. 484 a 9.
„ 8. 445 a 12.
„ 30. 786 a 10.
§. 33 ff. 642 a 4.
„ 34. 642 a 5.
„ 43 ff. 462 a 5.
§. 53. 459 a 18.
Städte-O. für die östlichen Provinzen vom 30. Mai 100 a 1.
§. 56. 103 a 1.
V. vom 13. Juni 476 a 12.
Instr. vom 3. August 437 a 4.

1854.

G. vom 20. März 292 a 2.
§. 12. 287 a 11.
„ 15. 750 a 2.
„ 18. 215 a 11.
G. vom 10. April
§. 9. 629 a 3.
G. vom 24. April
§. 9. 48 a 2.
„ 13. 160 a 2; 211 a 7.
§. 16 ff. 267 a 10; 298 a 5.
„ 19. 278 a 11.
G. vom 10. Juni 88 a 3.

1855.

G. vom 5. März 875 a 9.
G. vom 18. April 851 a 5.
Konkurs-O. vom 8. Mai
§. 9. 854.
„ 10. 453 a 9.
„ 11. 762 a 22.
„ 12. 807 a 6.
„ 15. 562 a 8.
„ 18. 680 a 17.
§. 22 ff. 569 a 6.
„ 26. 551 a 5, 6.
„ 32. 844 a 15.
„ 33. 849 a 15; 852 a 4.
„ 46 ff. 826.
§. 47 ff. 639 a 9; 674 ff.; 720 a 4.
„ 52. 827 a 7.
„ 54. 784 a 8; 453 a 8.
„ 56. 777 ff.
„ 57 ff. 807 a 5.
„ 58. 770 a 11.
„ 73 ff. 115 a 7.
„ 77. 826 a 5.
„ 84. 70 a 2.
„ 103 ff. 215 a 13.
§. 111. 267 a 10.
„ 237. 298 a 7.
„ 263. 797 a 1; 801 a 6 ff.; 806 ff.
„ 264. 841 a 6.
„ 275. 846 a 12.
„ 323. 112 a 5; 362; 854.
„ 376. 841 a 7.
„ 377 ff. 868 a 13.
„ 398. 830 a 10.
„ 417. 808 a 6.
§. 438. 868 a 14.
Einführungsgesetz zur Konkurs-O. vom 8. Mai Art. XI. 748 ff.
G. vom 9. Mai
§. 7 ff. 215.
„ 17. 267 a 10.

1856.

G. vom 13. April 259 a 4, 5.
Verf.-Ges. vom 14. April 564 a 2.
Pariser Dekl. vom 16. April 532 a 13.
G. vom 7. Mai 42 a 5.
G. (Publikation der Pariser Dekl.) v. 12. Juni 532 a 13.

1857.

G. vom 2. März 146 a 9.
G. vom 9. März 76 a 2.
G. vom 16. März 473.
G. vom 15. April 476 a 12.
§. 12. 482 a. 6.

1858.

G. vom 26. April 475 a 11.

1860.

G. vom 19. März 474 a 5.
G. vom 8. Juni 207 a 3.
G. vom 27. Juni 567 a 13.
§. 5. 418 a 9.

1861.

Einf.-Ges. zum H. G. B. vom 24. Juni
Art. 15. 423 a 16.
„ 23. 117 a 3; 441 a 2.
Art. 53. 843 a 13.
„ 59. 844 a 14.
„ 60. 538 a 5.
Allg. Deutsches Handelsgesetzbuch vom 24. Juni
Art. 10. 242 a 2.
„ 22 ff. 120 a 9.
„ 41. 241 a 2; 242 a 5.
„ 43. 242 a 4.
„ 46. 253 a 30.
„ 52. 236 a 12; 200 a 11.
„ 94. 253 a 8.
„ 98. 669 a 10.
„ 107. 668 a 7.
„ 149. 384 a 16.
Art. 216 ff. 666 a 1.
„ 268. 236 a 12.
„ 279. 40 a 8.
„ 282. 252 a 7.
„ 283. 255 a 13.
„ 298. 200 a 11; 236 a 12.
„ 302. 330 a 7.
„ 306 ff. 421 ff.; 800 a 6.
„ 307. 765 a 6.
„ 310. 839 a 9.

Digitized by Google

Art. 317. 193; 198 a 17; 206 a 3; 217 a 2; 241 a 1.
„ 319 ff. 220 ff.
„ 327. 247 a 10.
„ 328. 135 a 5; 136 a 4.
Art. 336. 247 a 9.
„ 337. 219 a 5.
„ 360 ff. 234 ff.; 236 a 12.
„ 386. 386 a 6.
„ 402. 552 a 8.
„ 408. 386 a 6.
„ 409. 850.
Art. 411. 851 a 15.
Instr. vom 12. December §. 103. 441 a 2.

1863.

Preß-V. mit Gesetzeskraft vom 1. Juni 31 a 11.

1864.

Prisenreglement vom 12. Juni 532 a 14.

1865.

Berggesetz vom 24. Juni 599 ff.
§. 1. 602 a 4; 132 a 14.
„ 3 ff. 605 ff.
„ 4. 606 a 4.
„ 5, 7. 607 a 5.
„ 6. 608 a 10.
„ 9. 606 a 8.
„ 10. 606 a 6.
„ 11. 608 a 11.
„ 12 ff. 608 ff.
„ 15. 608 a 3.
„ 19. 609 a 8.
„ 22, 23. 612 a 3.
„ 24. 610 a 1.
„ 26, 27. 613 a 1.
„ 29 ff. 613 a 10.
„ 34. 612 a 6.
„ 35. 613 a 12.
„ 41 ff. 631 ff.; 638 a 6.
„ 50. 618 a 4.
„ 51. 633 a 6. Abs. 4. 418 a 10.
„ 52. 605 a 7.
„ 54. 603 a 7. Abs. 1. 604 a 3.
„ 55. 610 a 3.
„ 56 Abs. 2. 604 a 9.
„ 57. 631 a 14.
„ 58. 617 a 2.
„ 60. 620 a 19.
„ 65. 634 a 3; 493 a 13.
„ 94 ff. 624 ff.
„ 94 Abs. 2 und 3. 626 a 8.
„ 95, 97. 117 a 2.
„ 96. 624 a 30.
„ 98. 625 a 3.
§. 100. 621 a 10.
„ 107. 628 a 6.
„ 111 ff. 622.
„ 112. 622 a 15.
„ 114 Abs. 2. 623 a 20.
„ 115 Abs. 2. 308 a 2; 627 a 3.
„ 122 ff. 621 a 12.
„ 127. 104 a 9; 623 a 27.
„ 129. 627 a 5.
„ 130. 628 a 7.
„ 131. 628 a 9.
„ 133. 625 a 2; 627 a 12.
„ 135 ff. 63 a 4; 618 ff.
„ 137 Abs. 2. 619 a 18.
„ 139, 140. 619 a 17.
„ 141. 883 a 8.
„ 142 ff. 619 a 14.
„ 147. 607 a 7.
„ 148. 630 ff.
„ 150. 630 a 10.
„ 152. 607 a 9.
„ 154. 631 a 13.
„ 156 ff. 633 ff.
„ 163. 634 a 4.
„ 165. 99 a 26.
„ 195. 518 a 6.
„ 196. 629 a 2.
„ 213. 603 a 6.
„ 215. 615 a 7.
„ 219. 615 a 7.
„ 220. 603 a 5.
§. 223. 615 ff. Abs. 3. 617 a 8.
„ 224. 629 a 5.
„ 226 ff. 620 a 1 ff.
§. 227. 624 a 30.
„ 235. 626 a 9.
„ 242. 135 a 5.
„ 244. 601 a 17.
§. 250. 602 a 18.

1866.

V. über Aufhebung der Wuchergesetze vom 12. Mai 30 a 7.

1867.

G. vom 22. Februar 523 a 9.
Pommersches Lehnsauflösungsgesetz v. 4. März 871.
Verf. des norddeutschen Bundes vom 24. Juni 25.
V. G. v. 14. Nov. 212 a 14, a 17.

1868.

G. vom 24. Februar 84.

1869.

G. vom 15. Februar 43 a 2.
G. vom 22. Februar 88 a 4.
Sächsisches Kohlengesetz vom 22. Febr. 603 a 6; 619 a 13; 126 a 10.
G. zu §. 56 der K. O. vom 12. März 777 a 7; 796 a 12.
Subhastationsordnung vom 15. März
§. 1. 808.
„ 2. 811.
„ 5. 515 a 6; 812.
„ 6. 812 a 2.
„ 7. 811 a 5.
„ 8. 813 a 5.
„ 9. 282 a 8; 772 a 10; 814 a 8.
„ 12 ff. 814 a 11.
„ 13 unter 7) 815 a 14; 822 a 4; 425 a 10.
„ 14. 812 a 6.
„ 19. 815 a 15.
„ 20. 816 a 4.
„ 21. 816 a 1.
„ 22 u. 23. 817 ff.
„ 25. 819 a 20.
„ 27, 28. 819.
„ 29. 818 a 15.
„ 32. 809; 811 a 5; 816 a 3.
„ 35, 36 u. 40. 811.
„ 38. 818 a 3; 820 a 23.
„ 39. 819 a 16; 820 a 2.
„ 40. 820.
„ 42 Abs. 2. 821 a 5.
„ 43. 425 a 10.
§. 46 ff. 820 ff.
„ 55. 821 a 6.
„ 57. 822 a 2.
„ 58. 826 a 2.
„ 59. 811 a 4; 831.
„ 60 ff. 715 a 7; 757 a 12; 828 a 1.
„ 64 Abs. 3. 829 a 5.
„ 66. 825 a 13; 830 a 11.
„ 68. 757 a 13.
„ 75 u. 76. 827.
„ 60. 757 a 12; 828.
„ 62. 828.
„ 66 ff. 830.
„ 68. 757 a 13; 828.
„ 70. 788 a 3; 829 a 6; 732 a 4.
„ 80 ff. 830.
„ 93. 818 a 9.
„ 107. 618 a 6.
„ 112. 809 a 4; 680 a 19 u. 20.
„ 113. 516 a 7—9; 680 a 20.
R. G. vom 7. April über Rinderpest §. 3 u. 4; 64 a 8.
R. G. v. 2. Juni 835 a 5; 839 a 10.

Digitized by Google

R. G. vom 12. Juni §. 9. 42 a 6.
R.-Gewerbeordnung vom 21. Juni
§. 10. 155 a 7; 387 a 6.
„ 16. 592 a 3; 495 a 2.
„ 23. 592 a 3.
„ 26. 502 a 19.
„ 27. 503 a 22.
§. 35. 839 a 7.
„ 51. 63 a 5.
„ 81. 97 a 8.
„ 92 ff. 111 a 2; 112 a 58.
„ 97. 97 a 8.
„ 134 ff. 157 a 3.
R. G. vom 3. Juli §. 88.
G. vom 1. December 98 a 7.
G. v. 9. December 58 a 1; 112 a 4; 60 a 8.

1870

G. vom 23. Februar 109 ff.; 875 a 12.
G. vom 26. Februar 527 a 12.
Strafgesetzbuch vom 31. Mai
§. 19. 135 a 6.
„ 31 ff. 89 ff.
„ 59. 38 a 8.
§. 240. 257 a 7.
„ 292. 525 a 7.
„ 301, 302. 145 a 9.
Nachdrucksgesetz des R. vom 11. Juni
§. 22. 53 a 4.
„ 60. 44 a 4.
„ 62. 86 a 3.

1871.

Reichsverfassung vom 16. April
Art. 2. 32 a 13; 36 a 9; 37 a 4.
„ 3. 86 a 2.
„ 4 n. 13. 32 a 16.
„ 7 Abs. 2. 32 a 17.
„ 41. 45 a 14.
Reichsrayongesetz v. 21. Decbr. 494 ff.

1872.

Verkoppelungsgesetz v. 2. April 479 ff.
Todeserklärungsgesetz vom 2. April 84.
G. vom 10. April 44 a 6.
G. vom 5. Mai 565 a 6.
G. über den Eigenthumserwerb vom 5. Mai
§. 1. 552 a 1.
„ 1, 2. 450 a 9; 812 a 2.
„ 2 ff. 555 ff.
„ 3. 558 a 13.
„ 4. 72 a 4; 413 ff.; 562 ff.
„ 6. 362; 562 ff.
„ 7 Abs. 1. 459 ff.; 446 a 12; 556 a 3; 643 a 5.
„ 7 Abs. 2. 562.
„ 8. 415; 462 a 5.
„ 9. 454 a 2; 456; 460 a 3; 559 a 1.
„ 10. 201 a 5; 454 a 2; 558 a 10.
§. 11. 521 a 3; 640; 864 a 7.
„ 12. 637 ff; 639 a 9; 608 a 10; 619 a 16; 641 a 1; 674 a 9; 675 a 2; 528 a 8.
„ 13. 864 a 6; 884 a 12.
„ 16. 415 a 7; 462 a 5.
„ 17. 415 a 9; 452 a 2 u. 6; 783 a 5.
„ 18. 637 a 2; 740 ff.; 744.
„ 19. 740 ff.; 739 a 11; 743 a 5.
§. 21. 769; 808 a 3.
„ 22. 462 a 5.
„ 23. 743 a 6; 750 a 6.
„ 24. 744 a 7; 748 a 5; 780 a 3; 829 a 5.
„ 25. 786 a 10.
„ 26. 747 a 14.
„ 27 u. 28. 738 a 7.
„ 29. 105 a 14; 780 a 10.
„ 30. 561 a 3; 767 ff.; 771 ff.; 813 a 7.
„ 31. 774 a 18.
„ 32. 769 a 5.
„ 34. 452 a 2 u. 6; 783 a 5.
„ 35. 785 a 8.
„ 36. 453 a 8.
„ 37. 742 a 1; 759 a 10; 781 a 4; 803; 733 a 7; 800 a 1.
„ 38. 803 ff.; 456 a 2; 754 a 4; 845 a 7.
„ 39. 765 a 1; 805 a 11.
§. 40. 455 a 7; 787 ff.
„ 42. 776 ff.
„ 43. 798 a 4 u. 5.
„ 44. 813.
„ 45. 770 a 13.
„ 46. 810 a 9; 819 a 18.
„ 47. 732 a 3; 817 a 5; 823 a 6 u. 7.
„ 48. 158 a 4; 409 a 3; 782 a 1.
„ 50. 799 ff.
„ 52. 739 a 9; 758 ff.
„ 53. 445 a 12.
„ 54. 759 a 7.
„ 55. 739 a 8; 763.
„ 56. 761 a 20.
„ 57 ff. 789 ff.
„ 62. 790 a 8.
„ 63. 792 ff.
„ 64. 794 a 6.
„ 67. 781 a 6.
„ 68 ff. 126; 435 a 12; 633.
„ 69. 436.
„ 70. 462 a 6.

Grundbuchordnung vom 5. Mai
§. 1. 434 ff.
„ 4. 438; 456.
„ 10 ff. 441 ff.
„ 18. 447 a 19.
„ 19. 459 a 18.
„ 20 ff. 433 a 2.
„ 24. 467.
„ 29. 466 ff.
„ 30 ff. 444 ff.
„ 31. 445 a 13.
„ 33. 209 a 14.
„ 42. 446 ff.
„ 44. 447 a 18.
„ 45. 452 a 2.
„ 46. 465 a 5; 558 a 12; 743 a 5; 417 a 9.
„ 48. 446 a 13 u. 17; 558.
„ 49. 552; 762 a 21.
„ 50. 445 a 11.
„ 50 ff. 567 ff.
„ 52. 864 a 6.
„ 55 ff. 567 a 1; 561 a 2.
„ 57. 465 a 2.
§. 58. 565 a 7; 439 a 11.
„ 59. 435 a 11; 555 a 12.
„ 62. 440 a 6.
„ 64. 415 a 7; 439 a 12.
„ 72. 464 a 1.
„ 73. 433 a 7; 641 a 18.
„ 74. 875 a 1.
„ 78. 776 a 2.
„ 79 ff. 758 a 1.
„ 80. 445 a 12.
„ 87. 762 a 21.
„ 88. 462 a 4.
„ 91. 755 a 4.
„ 92. 464 a 12; 642 a 3.
„ 94. 759 a 5; 789 a 3.
„ 95 ff. 765 ff.
„ 99. 870 a 5; 875 a 1.
„ 102. 640 a 16; 642 a 5; 649 a 1; 878 a 2.

Digitized by Google

§. 110 ff. 757.
„ 118. 455 a 6; 456 a 2; 642 a 2; 790 a 9.
„ 120. 459 a 17.
„ 122 ff. 755 ff.
„ 125. 776 a 2.
„ 128. 765 a 2.
„ 129. 755.
§. 130. 755 a 7.
„ 131. 755 a 6; 465 a 3; 804 a 9.
„ 134. 435 a 9.
„ 135. 424 a 5.
„ 140. 641 a 20; 753 a 1.
„ 143. 432 a 6.

Kreisordnung vom 13. December
§. 2. 97 a 2.
„ 55. 97 a 4.
„ 97. 101 a 5.
„ 135 IX, 6. 519 a 12.

1873.

G. vom 25. März — Kautionen der Beamten — 835 a 5; 839 a 10.
R. G. v. 31. März — Reichsbeamten-G. — §. 21. 56 a 6.
G. v. 9. April — Berggesetznovelle — 626 a 9.
G. vom 13. Mai 102 a 12.
G. vom 14. Mai 102 a 11.
R. G. vom 25. Mai 115 a 10 u. 11.
G. vom 11. Juni 474 a 5.
G. vom 10. September 101 a 2. §. 22. 103 a 2.
R.-Verf.-G. v. 20. Decbr. 32 a 16.

1874.

G. vom 16. Februar 35.
G. vom 9. März — Preuß. Personenstandsgesetz — §. 1. 80 a 14; §. 11. 81 a 15.
G. v. 2. Mai — Reichsmilitär-G. — §. 39. 50 a 2.
„ 42. 518 a 9.
„ 44. 273 a 12.
G. v. 17. Mai — Reichsstrandungsordnung — 523.
G. vom 20. Mai §. 6. 98 a 14.
G. vom 25. Mai — ev. Kirchen G. V. — 101 a 2.
G. v. 28. Mai 87 a 5; 518 a 9.
G. vom 30. Mai — Fischerei-G. — 527.
§. 2. 528 a 5.
„ 3. 527 a 2.
„ 5. 529 a 17.
„ 6, 7. 527 a 4.
§. 9, 10. 529 a 16.
„ 43. 529 a 18; 590 a 15.

G. vom 11. Juni — Enteignungs-G. — 63 ff.; 418 a 6.
§. 2. 64 a 10; 65 a 13.
„ 5. 349 a 14.
„ 7. 66 a 23.
„ 8. 66 a 19, 20.
„ 14. 68 a 36.
§. 23. 64 a 7; 508 a 18.
„ 24. 66 a 26; 342 a 6.
„ 32 Abs. 1. 67 a 33; Abs. 2 68 a 35; 349 a 14.
§. 44. 67 a 31.
„ 45. 68 a 34.
§. 57. 638 a 6; 883 a 8.

1875.

R. G. vom. 6. Februar — Personenstands-G. —
§ 15. 81 a 15.
„ 22. 93 a 8.
§. 34. 140 a 9.
„ 39. 89 a 5.
§. 41. 52 a 9.

R. G. vom 17. Februar 142 a 4; 143 a 7.
Reichsbank-G. vom 14. März §. 20. 839 a 11.
G. v. 31. Mai §§. 1 u. 2. 77 a 5.
G. vom 26. Juni 484.
Provinzialordnung vom 29. Juni §. 1. 97 a 1.
Bau-G. vom 2. Juli 496.
Altkatholiken-G. v. 4. Juli 98 a 17.
Vormundschaftsordnung vom 5. Juli
§. 32 Abs. 6. 748.
„ 61. 143; 145 a 7.
„ 62 Abs. 6. 748 a 7.
„ 81 unter 3. 140 a 1.
§. 82. 83 a 2.
„ 85. 152 a 14 u. 17.
„ 88. 79 a 8.
„ 98 Abs. 1. 144 a 16 u. 17.
„ 100. 55 a 3.
Forst-G. vom 6. Juli 493.
Dotations-G. v. 8. Juli 596 a 4.
Minderjährigkeits-G. vom 12. Juli 146 ff. §. 1. 145 a 1.
„ 7. 141 a 9.
Hinterlegungs-G. vom 19. Juli §. 10; 811 a 4.
Märkisches Lehnsauflösungs-G. vom 23. Juli 858 a 8; 870 a 3; 871 a 8.

1876.

R. G. vom 7. April — Hülfskassen — 99 a 27; 111 a 2 u. 3.
§. 6. 210 a 3.
G. vom 21. April 212 a 18.
G. vom 28. Juli — Austritt aus Synagogen — 99 a 21.
G. vom 14. August 493 a 9.
Ansiedlungs-G. vom 25. August 497 a 11; 566 a 9 u. 10.
§. 24. 565 a 6.
G. vom 28. August 210 a 4.
R. G. vom 8. November
§. 16. 208 a 5.

1877.

R.-Gerichtsverf.-G. vom 27. Januar
§. 135. 42 a 4.
„ 137. 42 a 6.
R.-Civilprozeßordnung v. 30. Januar
§. 13 ff. 49 a 2.
„ 16. 56 a 6.
„ 24. 87 a 4.
„ 25. 569 a 2; 579 a 1.
§. 54. 269 a 15.
„ 73. 570 a 10.
„ 77. 238 a 5.
„ 80. 237 a 1.

Digitized by Google

§. 93. 163 a 12.
„ 128 Abs. 2. 265 a 4.
„ 200 Abs. 2. 137 a 13.
„ 235 unter 3. 284 a 8.
„ 236 ff. 280 ff.
„ 238. 282 a 7.
„ 239. 278 a 14; 373 a 9.
„ 240. 266 a 7.
„ 243. 280 a 10.
„ 277. 171 a 13.
„ 278. 160 a 6.
„ 293. 293 a 5; 295 a 13.
„ 296 Abs. 2. 266 a 5.
„ 304. 285 a 2.
„ 358. 145 a 5.
„ 380 ff. 209 a 15; 210 a 16.
„ 392. 206 a 6.
„ 405. 199 a 2.
„ 511. 48 a 3.
„ 541 ff. 285 a 3.
§. 543 ff. 306.
„ 555. 302 a 8.
„ 594 ff. 148 ff.
„ 621 ff. 151 ff.
„ 623. 152 a 14.
„ 628. 302 a 9.
„ 665. 281 a 5; 297 a 2.
„ 702. 163 a 9.
„ 708 ff. 854.
„ 709. 844 a 16.
„ 710. 841.
„ 736. 846 a 11.
„ 743. 846 a 12.
„ 746. 215 a 11.
„ 778. 264 a 8.
„ 796 ff. 316 ff.
„ 810. 318 a 22.
„ 811. 753.
„ 819. 317 a 6.
„ 851 ff. 306 ff.
„ 854, 855. 310 a 13.
„ 859. 311 a 23.
„ 859 Abs. 2. 313 a 8.
„ 868. 314.

R.-Einführungs-G. zur R.C.P.O. vom 30. Januar
§. 14 unter 1. 300 a 16.
„ 14 unter 2. 233 a 11.
„ 16 unter 1. 274 a 16.
„ 16 unter 4. 115 a 9.

Reichs-Straf-Proceß-Ordnung vom 1. Februar
§. 94 ff. 259 a 6.

Reichskonkursordnung vom 10. Februar
§. 4. 87 a 9.
„ 5. 801 a 6.
„ 29. 215 a 13.
„ 39. 806 a 3.
§. 39 Abs. 2. 807 a 6.
„ 41. 849 ff.
„ 116. 806 a 4.
„ 117. 841 a 6.
§. 135. 298 a 7.

Einführungs-G. zur R.K.O. vom 10. Februar
§. 14. 841 a 8; 844 a 16.
„ 15, 16. 845 a 8.

1878.

Forstdiebstahl-G. vom 15. April 263 a 3.

Ausführungsgesetz zum G.V.G. vom 24. April
§. 3. 208 a 4.
„ 23 Abs. 2. 208 a 4.
„ 26. 207 a 2.
„ 29. 108 a 1.
§. 31. 446 a 15; 433 a 3.
„ 49. 856 a 11.
„ 50. 434 a 5.
„ 74. 212 a 18.
§. 111. 207 a 3.

Digitized by Google

Halle, Buchdruckerei des Waisenhauses.

Digitized by Google

Digitized by Google